

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'élément moral des infractions

Colette-Basecqz, Nathalie; Lambinet, France

Published in:
L'élément moral en droit

Publication date:
2014

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colette-Basecqz, N & Lambinet, F 2014, L'élément moral des infractions. Dans *L'élément moral en droit: une vision transversale*. Conférence du jeune Barreau de Namur, Anthemis, Limal, p. 9-60.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'élément moral des infractions¹

Nathalie COLETTE-BASECQZ

Chargée de cours à l'Université de Namur
Membre du centre de recherche « Vulnérabilités et sociétés »
Avocat au barreau de Nivelles

France LAMBINET

Avocat au barreau de Namur

Introduction

La notion d'élément moral des infractions, qui se trouve à la source des principes généraux de droit pénal, « peut être considérée comme l'une des questions les plus complexes de la science pénale, tant la jurisprudence en la matière est hésitante, la doctrine divisée et les travaux préparatoires du Code pénal évanescents »².

L'adage *nulla poena sine culpa* consacre l'exigence d'un élément moral pour toute infraction, même pour une simple contravention³.

Cette exigence résulte clairement des travaux préparatoires du Code pénal, selon lesquels « [u]n acte qui ne peut être imputé ni au dol, ni à la faute de l'auteur ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention »⁴.

Aucun texte légal ne consacre toutefois le principe selon lequel l'élément intentionnel est un élément constitutif de toute infraction : alors que les auteurs du Code pénal belge ont formulé une série de principes et de règles qui figurent aujourd'hui dans la plupart des codes pénaux entrés en vigueur depuis 1950, ils ont estimé superflu d'insérer cette règle fondamentale dans le corps même du Code⁵.

La théorie du Code pénal en la matière est exposée dans le Rapport d'E. Pirmez sur le projet de Code pénal, qui énonce en substance que, dès lors qu'il est admis qu'une infraction n'est, en règle ordinaire, punissable que lorsque l'agent

¹ Cette contribution reprend des passages de l'ouvrage de N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE paru sous le titre *Manuel de droit pénal général*, 2^e éd., Limal, Anthémis, 2013.

² F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II « L'infraction pénale », Bruxelles, Larcier, 2010, p. 209.

³ Voy. Cass., 4 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 3.

⁴ J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », in J.-S.-G. NIJPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, t. I, Bruxelles, 1867, p. 771.

⁵ Voy. Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd. mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYNDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 315.

l'a commise avec connaissance et volonté (dol général), l'indication dans une disposition que l'infraction doit avoir été commise volontairement est une énonciation superflue, qui, partant, doit être supprimée. Cette énonciation étant néanmoins implicitement présente, la loi ne peut, selon le Rapport, s'écarter de ces principes de la culpabilité – soit en exigeant, outre la connaissance et la volonté, une intention particulière (dol spécial), soit en réprimant la simple imprudence (faute) – que lorsqu'un texte formel autorise pareille dérogation.

À l'inverse de ce qui est parfois admis en droit civil, la théorie des infractions purement matérielles (ou la responsabilité « objective ») est rejetée en droit pénal⁶. L'exigence d'un élément moral pour toute infraction a été érigée en principe général de droit pénal par la Cour de cassation⁷. C'est ainsi que la décision de condamnation qui se borne à constater que le prévenu est coupable de l'infraction qui lui est imputée au seul motif qu'il a matériellement commis le fait incriminé est illégale, même lorsqu'il n'est question, dans la définition légale de l'infraction, ni d'intention ni de négligence, le silence de la loi quant à l'exigence de l'élément moral ne signifiant pas que celui-ci ne serait pas requis⁸. L'absence d'élément moral, nonobstant la présence des éléments constitutifs matériels de l'infraction, doit, dès lors, entraîner l'acquiescement.

L'on peut néanmoins regretter que la Cour de cassation s'exprime parfois en des termes ambigus, ce qui est susceptible de créer une confusion⁹. Par exemple, lorsque la Cour indique que « les infractions du chef desquelles le demandeur a été condamné sont légalement établies par la seule constatation matérielle des faits réprimés par la loi »¹⁰.

Force est de constater que la définition de l'élément moral des infractions est loin de faire l'unanimité en doctrine¹¹ et que sa mise en œuvre par les juridictions se révèle particulièrement malaisée.

Deux thèses doctrinales s'opposent à cet égard : d'une part, la thèse classique, fondée sur la pensée du professeur J.-J. Haus, et reprise notamment par les professeurs J. Verhaegen et Ch. Hennau ; d'autre part, la thèse du professeur R. Legros, auteur de l'avant-projet de Code pénal, reprise par J. Messine et F. Kuty.

⁶ Cass., 29 mars 2006, sur concl. conformes Av. gén. D. VANDERMEERSCH, *Pas.*, 2006, I, p. 699 et R.G.A.R., 2006, n° 14194.

⁷ Voy. Cass., 27 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1751.

⁸ Cass., 26 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 541.

⁹ Voy. N. COLETTE-BASECOZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », in *Liber amicorum J.-L. Fagnart*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 415.

¹⁰ Cass., 6 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 261.

¹¹ Voy. L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERG, « L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions », in *Questions spéciales en droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 55 ; M. VAN DE KERCHOVE, F. TULKENS, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 9^e éd., Waterloo, Kluwer, 2010, p. 401.

Selon la première thèse, l'intention dolosive est un élément constitutif de tout crime et de tout délit, à moins que la loi ne punisse, par une disposition expresse et spéciale, la simple faute. Selon cette École, l'intention constitue l'élément moral de tout crime et de tout délit institué par le Livre II du Code pénal, à moins que le législateur ne se soit expressément contenté de la seule négligence, le silence de la loi quant à la nature de l'élément moral devant dès lors s'interpréter comme l'exigence du dol.

Selon la seconde thèse, toute infraction est punissable dès qu'elle est matériellement commise, à moins que le législateur n'exige, de manière explicite ou implicite, l'élément intentionnel ou une faute, et sauf la possibilité pour l'agent de s'en justifier. Selon ce courant de pensée, la responsabilité pénale se contente, en règle, de la faute infractionnelle, c'est-à-dire de la commission libre et consciente de l'acte ou de l'abstention incriminée que l'agent ne peut justifier.

La querelle doctrinale relative à l'élément moral des infractions tient ainsi à la détermination de l'élément moral des crimes et délits institués par le Livre II du Code pénal lorsque les textes ne requièrent ni expressément ni implicitement l'élément intentionnel ou la faute de l'agent.

La jurisprudence du fond se montre, quant à elle, incertaine concernant les contours de l'élément moral. Elle a tendance à s'éloigner des principes généraux qui sous-tendent la responsabilité pénale en empruntant des raccourcis à l'endroit des conditions de la constatation d'une infraction, raccourcis souvent dictés par un besoin pragmatique de surmonter les difficultés liées à la preuve de l'état d'esprit coupable de l'agent et de favoriser l'indemnisation des victimes, malmenant, ce faisant, les exigences d'une juste répression¹².

La situation actuelle n'est pas conforme aux principes consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier en son article 6, qui garantit le droit à un procès équitable et reconnaît la présomption d'innocence, lesquels sont souvent bafoués, notamment par un recours hâtif aux présomptions de responsabilité¹³.

La présente contribution a pour objet d'analyser, de manière synthétique, l'élément moral des infractions, d'une part en faisant état de la pensée du législateur de 1867, afin d'appréhender la conception de l'élément moral selon les rédacteurs du Code pénal, et d'autre part en examinant les conceptions doctrinales et jurisprudentielles actuelles, en vue d'observer les évolutions dans l'appréciation de la notion d'élément moral des infractions.

¹² Voy. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 161.

¹³ Voy. N. COLETTE-BASECOZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », *op. cit.*, p. 430.

Elle sera l'occasion de rappeler les différentes expressions de l'élément moral (dol spécial, dol général, faute avec ou sans prévoyance, concours du dol et de la faute), afin de pouvoir reconnaître l'état d'esprit coupable selon l'infraction envisagée.

Seront également abordés la théorie de l'unité des fautes civile et pénale et le principe de l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil, qui, conjugués, ont pour effet négatif de conduire le juge pénal à condamner la personne poursuivie afin de réserver à la victime une possibilité de réparation, quand bien même il estimerait que pareille condamnation ne se justifie pas, eu égard à sa situation personnelle. Sera évoquée, dans ce cadre, l'opportunité d'intégrer le principe de la dualité des fautes pénale et civile dans notre droit, intégration qui aurait pour effet de rendre au droit pénal son caractère essentiellement répressif mais aussi préventif, tout en préservant la possibilité pour la victime d'être indemnisée de son dommage malgré l'absence de condamnation pénale de l'auteur de celui-ci.

Sera enfin examinée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de l'emprunt matériel de criminalité, lequel a été jugé contraire au droit à un procès équitable.

Section 1

Le rejet de la théorie des infractions matérielles en droit pénal

Sous-section 1

L'exigence d'un élément moral: un principe général de droit

Il ne peut y avoir de responsabilité objective en droit pénal¹⁴, dans la mesure où toute infraction nécessite, outre un élément matériel (action ou omission), un élément moral (au minimum une faute)¹⁵. Cette exigence d'un élément moral s'applique même si, dans la définition légale de l'infraction, il n'est fait mention ni d'intention ni de négligence, le silence de la loi à cet égard ne signifiant pas qu'un élément moral ne serait pas requis.

À défaut d'être inscrite dans le Livre I^{er} du Code pénal, l'exigence d'un élément moral pour toute infraction¹⁶, quelle qu'elle soit, a été rappelée dans

¹⁴ Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 8^e éd., Anvers, Maklu, 2011, pp. 292 et 293.

¹⁵ Cass., 13 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1094, R.W., 1995-1996, p. 533, obs. B. SPRIET et A.J.T., 1994-1995, p. 425, obs. R. POTE; Cass., 19 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 490, J.L.M.B., 1999, p. 48, note Ch. PEVEE et C. SEVRAIN; Cass., 26 février 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 541; Cass., 4 octobre 2006, R.G. n° P060545F, www.cass.be.

¹⁶ Cass., 6 octobre 1952 (arrêt *Romain*), *Pas.*, 1953, I, p. 37; Cass., 12 mai 1987 (arrêt *David*), sur cond. conformes Proc. gén. J. DU JARDIN, alors Avocat général, *Pas.*, 1987, I, p. 1056, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711.

plusieurs arrêts, dont les plus célèbres sont l'arrêt *Romain* du 6 octobre 1952¹⁷ et l'arrêt *David* du 12 mai 1987¹⁸. Elle a d'ailleurs été érigée en principe général de droit pénal par la Cour de cassation¹⁹.

Ce principe, qui est applicable non seulement aux infractions inscrites dans le Code pénal, mais aussi à celles prévues dans des lois ou règlements particuliers, ne connaît aucune dérogation possible.

L'omission de se conformer au prescrit d'une obligation légale ou réglementaire n'est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de son auteur que si elle résulte, dans le chef de celui-ci, au minimum d'un défaut de prévoyance et de précaution²⁰.

L'exigence d'un élément moral s'impose avec la même force lorsque la personne poursuivie pénalement est une personne morale²¹. Le législateur belge a, en effet, fait choix d'une logique anthropomorphique²², qui suppose la vérification de l'état d'esprit coupable dans le chef de la personne morale avant de lui imputer moralement l'infraction²³. Comme le souligne A. Misonne, «[s]uivant l'élément moral requis par l'infraction poursuivie, une condamnation de la personne morale passe par la démonstration de l'existence dans son chef d'une faute, d'un dol ou d'un dol spécial. [...] Il n'y a pas de responsabilité objective de la personne morale. Le constat de la matérialité d'une infraction ainsi que de son imputabilité matérielle à la personne morale ne suffit pas pour condamner une personne morale. La preuve d'un élément moral propre à la personne morale, distinct de l'élément moral avec lequel ont agi les entités qui la composent, doit être rapportée»²⁴. Cet élément moral est distinct de celui de

Voy. aussi J. VERHAEGEN, «L'élément fautive en matière de contraventions aux règlements», *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 289.

¹⁷ Cass., 6 octobre 1952, *op. cit.*, p. 37; «Attendu qu'il résulte des termes mêmes des articles 20 et 23, § 5, 2^e, de la loi du 8 juillet 1935 que la bonne foi n'exclut pas la culpabilité de l'auteur du fait matériel défini par ces dispositions, il en est autrement de la force majeure ou de l'ignorance invincible; que suivant un principe général du droit pénal dont l'article 71 du Code pénal fait application, l'ignorance, lorsqu'elle est invincible, ou la force majeure constitue une cause de justification.»

¹⁸ Cass., 12 mai 1987, sur cond. conformes Av. gén. J. DU JARDIN, *op. cit.*, p. 1056.

¹⁹ Cass., 4 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 3; Cass., 27 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1751 et R.C.J.B., 2009, p. 203, note F. KUTY, «La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale», pp. 214 à 247.

²⁰ N. COLETTE-BASECQZ, «Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction», obs. sous Cass., 25 février 2010, J.T.L., 2010, p. 185.

²¹ N. COLETTE-BASECQZ, «L'élément moral nécessaire à la condamnation pénale de la personne morale», in *La responsabilité pénale des personnes morales. Questions choisies*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2011, p. 33.

²² N. COLETTE-BASECQZ, «La responsabilité pénale des personnes morales: une illustration des dérives de l'anthropomorphisme», in *Liber amicorum Xavier Dijon*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 348 et 349.

²³ *Ibid.*, p. 353.

²⁴ A. MISONNE, «La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée», in S. ADAM, N. COLETTE-BASECQZ et M. NIHOUL, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, la Charte, 2008, p. 77.

la personne physique qui a engagé la responsabilité pénale de la personne morale.

Il est important de rappeler ce que recouvre l'élément moral en droit pénal. Il se rattache à l'imputabilité morale d'un fait qualifié infraction à son auteur. L'imputabilité morale, qui est nécessaire pour conclure à la culpabilité, suppose d'abord une capacité pénale (c'est-à-dire la jouissance et le contrôle de ses facultés mentales); elle requiert ensuite un exercice répréhensible de ses facultés mentales, ce qui signifie que l'auteur a commis l'infraction avec l'élément moral *stricto sensu*, c'est-à-dire l'état d'esprit défini par la loi²⁵. Nous verrons, dans les développements qui suivent, les différentes formes que peut revêtir l'élément moral de l'infraction (dol spécial, dol général, faute avec ou sans prévoyance, concours du dol et de la faute).

Quant à la notion d'infraction matérielle, elle a été dégagée par la Cour de cassation française sous l'empire du Code pénal de 1810²⁶. Elle vise à considérer les contraventions et délits dits « réglementaires » comme punissables par le seul fait de la réalisation matérielle du fait incriminé (un acte positif ou, le plus souvent, une omission)²⁷. L'infraction purement matérielle n'admet même pas

²⁵ CH. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. Dr.*, 1995, p. 191.

²⁶ Cass. fr. (crim.), 12 mai 1843, *Sirey*, 1844, I, p. 158. Le nouveau Code pénal français a maintenu les contraventions matérielles, mais a toutefois supprimé les délits matériels. L'article 121-3 dudit Code stipule qu'il n'y a point de contravention en cas de force majeure. Il est permis d'en déduire que, dans tous les autres cas, les contraventions demeurent punissables, sauf disposition contraire. Quant aux délits, la disposition prévoit sans ambiguïté qu'un délit ne peut être déclaré établi en l'absence d'une intention ou, à tout le moins, d'une faute d'imprudence ou de négligence : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. » Cette exigence d'un élément moral existe aussi pour les délits « hors code » incriminés avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, même en cas de silence de la loi. En effet, selon une disposition complémentaire, « [c]ous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément » (art. 339 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur). Cependant, la jurisprudence française a maintenu les présomptions de responsabilité, déduisant l'élément moral de la commission des faits. De telles présomptions ne sont jamais irréfragables, le prévenu ayant la possibilité de les renverser (Cass. fr. (crim.), 17 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 155).

²⁷ Voy. A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1946, pp. 92 et 93 : « En certains domaines, la peine est prononcée par le seul fait de l'acte, mécaniquement, matériellement, abstraction faite de la volonté ou intention de l'auteur [...]. Il en est ainsi en matière de douanes et accises [...] Les contraventions sont réprimées matériellement, par cela seul qu'elles ont été perpétrées ». Voy. aussi R. LEGRAS, *Élément moral dans les infractions*, Liège-Paris, Desoer-Sirey, 1952, n° 161 ; J. MESSINE, obs. sous Cass. belge, 12 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 440 : « Lorsque l'infraction ne comporte pas d'élément moral particulier, le prévenu est punissable dès que le fait est matériellement commis, sauf lui à se justifier » ; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 4^e éd., Anvers, Maklu, 2007, p. 857 : « In gevallen waarin de wet geen melding maakt van het vereiste moreel element, wordt aangenomen dat het bestaan van dit moreel element kan worden afgeleid uit de vaststelling van de materialiteit van de inbreuk » ; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*,

que le prévenu rapporte lui-même la preuve de l'inexistence d'une faute²⁸. Comme l'a souligné à juste titre le Procureur général du Jardin, cette notion doit être bannie du vocabulaire pénal²⁹.

Des auteurs³⁰ se sont basés sur le critère de l'exigence ou non d'un élément de connaissance pour introduire une sous-distinction dans la catégorie des infractions dites « réglementaires ». Selon ces auteurs, les infractions « purement réglementaires » sont celles pour lesquelles il importe peu que l'agent ait eu ou non conscience d'adopter le comportement matériel incriminé par la loi. S'agissant à l'inverse des infractions réglementaires impliquant un élément de connaissance ou une négligence du devoir de s'informer, la culpabilité de l'agent suppose qu'il ait agi sciemment.

Sous-section 2

Les présomptions de responsabilité en droit pénal

Depuis plusieurs décennies, nous assistons à la prolifération de législations et réglementations dont la technicité tente de répondre aux évolutions d'une société marquée notamment par un développement fulgurant des technologies.

Pour assurer le respect des règles contenues dans ces lois et règlements particuliers, le droit pénal intervient de façon auxiliaire³¹. Les peines qu'il édicte en cas de méconnaissance de ces nouvelles réglementations adoptées dans divers domaines du droit (circulation routière, douanes et accises, environnement, droit du travail et sécurité sociale...) peuvent d'ailleurs atteindre des seuils particulièrement élevés dans certains cas...

Rappelons que c'est à la partie poursuivante (le ministère public et la partie civile, le cas échéant) qu'incombe la charge de la preuve de tous les éléments constitutifs, et, le cas échéant, aggravants, d'une infraction ainsi que de l'inexistence des moyens de défense soulevés par le prévenu, pour autant qu'ils ne soient pas dénués de toute vraisemblance³². Cette règle découle de la

vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 18 : « Le fait d'avoir posé l'acte délictueux librement et en conscience constitue une faute, en soi, dans le chef du prévenu » ; F. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions : une controverse obsolète », in *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1 ; P. VAN DER VOEST, « Les infractions à la législation sociale sont-elles des délits contraventionnels ou réglementaires ? Pour une morale sociale de notre temps », *J.T.*, 1971, pp. 169 à 171.

²⁸ N. COLETTE-BASECOZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », *op. cit.*, p. 185.

²⁹ Sur cet arrêt, voy. J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements », *op. cit.*, pp. 289 à 297.

³⁰ L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERG, « L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions », in *Questions spéciales en droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 60 à 64.

³¹ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, « La loi pénale », 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 116.

³² Cass., 10 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 167 ; Cass., 21 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 464 ; Cass., 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 333 ; R. DECLERQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 821, n° 1626 et

présomption d'innocence, consacrée aux articles 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme et 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. On notera à ce sujet que le principe selon lequel « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » a aussi été érigé en principe général de droit³³.

L'accusation doit ainsi prouver la culpabilité de l'accusé « au-delà de tout doute raisonnable », ce qui implique de rapporter des preuves décisives³⁴.

C'est sans aucun doute l'élément moral qui est le plus difficile à prouver pour le ministère public³⁵. Dans la pratique, il n'est pas toujours aisé de rapporter une telle preuve, particulièrement dans le cas d'infractions réglementaires³⁶ (p. ex., celles instituées par le Code de la route). Comment, en effet, prouver l'inattention coupable du conducteur qui n'a pas cédé la priorité de passage ? C'est cette difficulté qui a conduit le législateur, dans certains domaines particuliers, à instaurer des présomptions de responsabilité, conduisant à un renversement de la charge de la preuve. Par ailleurs, ce sont parfois les cours et tribunaux eux-mêmes qui, pour ces infractions contraventionnelles, admettent, sans que cela soit expressément prévu par la loi, que la culpabilité soit déduite de la seule réalisation matérielle de l'infraction, pour autant qu'aucun moyen de défense ne soit rendu vraisemblable par le contrevenant³⁷, et, dans cette hypothèse, que la partie poursuivante n'apporte pas la preuve contraire. Dans un arrêt du 27 septembre 2005, la Cour de cassation avait, en effet, relevé que « les principes généraux du droit pénal qui requièrent un élément moral pour chaque infraction dont la charge de la preuve incombe au ministère public et éventuellement à la partie civile ne font pas obstacle au fait que pour certaines

infractions, en raison du caractère propre de l'acte punissable, la preuve que l'auteur a commis sciemment et volontairement le fait résulte de la contravention à la prescription même, étant entendu cependant que l'auteur est mis hors de cause lorsque la force majeure, l'erreur invincible ou une autre cause de justification est démontrée ou, à tout le moins, n'est pas dépourvue de crédibilité »³⁸.

Il n'est donc pas attendu du prévenu qu'il apporte une preuve « complète », il est suffisant qu'il suscite un doute raisonnable sur sa culpabilité. À la lecture de plusieurs arrêts de la Cour de cassation exigeant du prévenu qu'il déploie un effort important quant aux éléments de preuve à apporter, qui s'apparenteraient plutôt à un véritable commencement de preuve³⁹, on décèle toutefois un réel risque de grave compromission de la présomption d'innocence⁴⁰.

Les présomptions de responsabilité, qui ont pour objectif de faciliter l'administration de la preuve à la partie poursuivante, ne remettent pas en cause l'exigence même de l'élément moral, dans la mesure où elles sont toujours réfragables⁴¹.

Diverses législations particulières contiennent des présomptions de responsabilité. L'article 67bis des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière⁴² instaure ainsi une présomption de culpabilité dans le chef du titulaire de la plaque d'immatriculation lorsque le véhicule est immatriculé au nom d'une personne physique et que le conducteur n'est pas identifié sur place. La justification de cette dérogation aux règles régissant la charge de la preuve en matière pénale réside dans l'impossibilité, dans une matière où les infractions sont innombrables et ne sont souvent apparentes que de manière fugitive, d'établir autrement, avec certitude, l'identité de l'auteur⁴³. Comme la Cour de cassation l'a rappelé, il s'agit toutefois d'une présomption réfragable⁴⁴, qui

1627 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e éd., Bruges, la Charité, 2010, p. 25 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 1137 et 1138 : « Cette règle relative à la charge de la preuve vaut aussi pour les infractions non intentionnelles et les infractions simplement réglementaires, même si ce dernier point suscite quelques controverses. »

³³ Cass., 17 septembre 2003, *Pas.*, 2003, I, n° 438.

³⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1967, p. 725.

³⁵ Ph. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 62, n° 58.

³⁶ *Ibid.* Voy., également, N. COLETTE-BASECQZ et N. DENIES, « Droit de l'environnement et droit économique et social : réflexions sur l'élément moral dans les lois et règlements particuliers », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit. Droit belge et droit comparé*, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, pp. 473 à 508 ; J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit. Droit belge et droit comparé*, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 462.

³⁷ Cass., 11 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 212 ; Cass., 8 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 515 ; Cass., 19 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 615 ; Cass., 29 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 895 ; Liège, 13 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1756 ; Pol. Wavre, 5 novembre 1985, *R.G.A.R.*, 1986, p. 11148 ; Cass., 8 avril 2008, *R.G.* n° P. 08.0006N, www.cass.be (au sujet d'un délit d'exploitation d'un établissement sans autorisation en matière d'environnement) ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 442.

³⁸ Cass., 27 septembre 2005, *R.C.J.B.*, 2009, p. 203, note F. KURY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale ».

³⁹ A.-L. FETTWELLS, « La charge de la preuve en droit pénal belge et la présomption d'innocence », *Actes du colloque des 30, 31, 1^{er} juin 1985*, Éd. du jeune Barreau de Liège, 1985, p. 147.

⁴⁰ N. COLETTE-BASECQZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », op. cit., p. 187.

⁴¹ *Ibid.* Certains auteurs ont même soutenu que le caractère réfragable de la présomption n'exclut nullement la nécessité de vérifier l'existence d'une faute dans le chef de l'agent (Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 339, n° 383, et p. 347, n° 396). *Contra* : A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1946, pp. 92 et 93 : « En certains domaines, la peine est prononcée par le seul fait de l'acte, mécaniquement, matériellement, abstraction faite de la volonté ou intention de l'auteur [...] Il en est ainsi en matière de douanes et accises [...] Les contraventions sont réprimées matériellement, par cela seul qu'elles ont été perpétrées. »

⁴² Cet article 67bis a été inséré dans l'arrêté royal du 16 mars 1968 portant coordination des lois relatives à la police de la circulation routière par l'article 10 de la loi du 4 août 1996.

⁴³ C.C., 21 mars 2000, arrêt n° 27/2000, *M.B.*, 26 mai 2000, p. 17910.

⁴⁴ Cass., 11 juin 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 350.

peut, dès lors, être renversée par tout moyen de droit⁴⁵. Il suffit de créer un doute raisonnable quant à l'identification du conducteur⁴⁶. Partant, cette disposition de l'article 67bis n'est pas incompatible avec le principe général du droit de la personnalité des peines ni avec la présomption d'innocence⁴⁷. De même, elle n'a pas non plus été jugée contraire aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination⁴⁸.

Une autre illustration de présomption de responsabilité peut être trouvée en matière de douanes et accises⁴⁹, où le législateur a voulu également une dérogation aux règles relatives à la charge de la preuve, en vue de combattre l'ampleur et la fréquence des fraudes⁵⁰. Selon la Cour de cassation⁵¹, dans la mesure où il s'agit d'une présomption légale réfragable, il n'est pas porté atteinte à la présomption d'innocence. La personne poursuivie pour des infractions à cette réglementation peut, en effet, se prévaloir de toutes les causes de justification objective ou de non-imputabilité morale aux fins de renverser la présomption.

À bon escient, la Cour constitutionnelle⁵² a souligné que le champ d'application de ces présomptions de responsabilité doit être circonscrit aux matières particulièrement techniques, comme c'est le cas, en matière de police de la circulation routière ou de douanes et accises, pour les activités souvent transfrontalières et régies en grande partie par une abondante réglementation européenne.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur les présomptions de responsabilité au regard de la présomption d'innocence. Selon elle, le renversement de la charge de la preuve qui est la conséquence de ces présomptions n'est pas en soi contraire à ce principe⁵³. Elle a toutefois pris soin de préciser que ces présomptions doivent être « enfermées » dans des limites raisonnables, prenant en compte tant la gravité de l'enjeu que la nécessaire sauvegarde des droits de la défense⁵⁴. Il en résulte que le juge doit

⁴⁵ Cass., 17 mars 1999, J.L.M.B., 2000, p. 1500, note F.C., R.W., 1999-2000, p. 948, note A. VANDEPLAS ; Cass., 7 février 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 747 et note.

⁴⁶ R. DECLERQ, *Éléments de procédure pénale*, op. cit., p. 820, n° 1644. Voy. aussi Cass., 17 mars 1999, op. cit.

⁴⁷ Cass., 16 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 231 ; Cass., 25 février 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 328.

⁴⁸ C.C., 21 mars 2000, arrêt n° 27/2000, M.B., 26 mai 2000.

⁴⁹ Voy., notamment, l'article 205 de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, en vertu duquel les discordances constatées par les agents des douanes et accises dans les livres comptables, les écritures commerciales ou les documents commerciaux d'un commerçant peuvent être invoquées comme preuve de la fraude des droits aussi longtemps que le contraire n'est pas prouvé par les modes ordinaires de droit.

⁵⁰ C.C., 19 décembre 2001, arrêt n° 162/2001, M.B., 9 mars 2002, p. 9060.

⁵¹ Cass., 17 octobre 2001, obs. G.-F. RANERL, J.L.M.B., 2002, p. 899.

⁵² C.C., 21 mars 2000, arrêt n° 27/2000, M.B., 26 mai 2000, p. 17910 et C.C., 19 décembre 2001, arrêt n° 162/2001, M.B., 9 mars 2002, p. 9060.

⁵³ N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », op. cit., p. 426.

⁵⁴ Cour eur. D.H., *Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, série A, n° 141-A, commenté par G. JUNOSZA-ZDROJOWSKI, « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité », *Gaz. Pal.*, 1989, n° 3, chron., p. 308 ; Cour eur. D.H., *Pham Hoang c. France*, 25 septembre 1999, série A, n° 243 ; Cour eur. D.H., *Phillips c.*

se garder d'une application automatique des présomptions légales, car cela priverait le prévenu de tous moyens de défense. Un renversement de la charge de la preuve doit, à tout le moins, être permis.

Il est essentiel que, dans tout État démocratique, puissent être assurées au citoyen les garanties du respect de ses droits et libertés, résultant des principes généraux du droit pénal, parmi lesquels figure au premier rang la présomption d'innocence. Le recours à cette technique de présomptions légales de culpabilité, qui tend depuis plusieurs années à se multiplier dans diverses matières (administrative, fiscale, économique, sociale, environnementale...), devrait donc se faire avec prudence et parcimonie, car il risque de mettre à mal, voire même de vider de sa substance, la présomption d'innocence⁵⁵.

Par ailleurs, en présence de présomptions légales de responsabilité, les cours et tribunaux devront se montrer particulièrement attentifs à garantir le respect des droits de la défense en se gardant bien de procéder à une imputation automatique de l'infraction à son auteur matériel. Quoi qu'il en soit, nonobstant l'allègement des règles régissant l'administration de la preuve dans certaines matières réglementaires, l'exigence d'un élément moral propre à chaque infraction doit toujours être gardée en mémoire.

Un renversement des règles relatives à la charge de la preuve est, par ailleurs, admis par les cours et tribunaux lorsqu'il s'agit d'obligations de résultat pénalement sanctionnées. Ainsi, dans l'affaire *Ghislenghien*, la Cour de cassation⁵⁶ a été saisie d'un moyen reprochant une violation des principes généraux du droit relatifs à la présomption d'innocence et à la charge de la preuve en matière pénale. L'arrêt attaqué avait, en effet, déclaré coupable la société Fluxys (demanderesse en cassation) au motif qu'elle ne démontrait pas l'existence d'une cause d'exonération. Celle-ci a fait valoir, en cassation, qu'il incombait à la partie poursuivante de prouver l'inexistence des faits justificatifs allégués ou qu'à défaut, il appartenait aux juges d'appel de déclarer cette défense dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit. La Cour de cassation a répondu : « La règle suivant laquelle toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, n'interdit pas au législateur d'édicter une obligation de résultat sanctionnée pénalement, celle-ci ne portant pas atteinte à la substance du droit

Royaume-Uni, 5 juillet 2001, § 40 ; Cour eur. D.H., *Anghel c. Roumanie*, 4 octobre 2007, § 60 ; A. SPIELMANN et D. SPIELMANN, « Cour européenne des droits de l'homme : présomption d'innocence (1982-1996) », *Ann. dr. lux.*, 1996, pp. 473 et s. ; G. RANERL, « L'article 205 de la loi générale sur les douanes et accises. La présomption d'innocence et les présomptions légales », J.L.M.B., 2002, p. 902 et s. ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, op. cit., pp. 306 et 307.

⁵⁵ Pour un avis critique, voy. aussi A.-L. FETTWIS, « La charge de la preuve en droit pénal belge et la présomption d'innocence », *Actes du colloque des 30, 31, 1^{er} juin 1985*, op. cit., pp. 144 et 147.

⁵⁶ Cass., 14 novembre 2012, R.G.A.R., 2013, p. 15009. Pour une analyse détaillée des décisions rendues dans le cadre de l'affaire *Ghislenghien*, voy. F. LAGASSE et M. PALUMBO, « *Ghislenghien* : catastrophe technologique au carrefour du droit pénal et du droit civil », *Dr. pén. entr.*, 2013, pp. 37 à 71.

à la présomption d'innocence dans la mesure où elle préserve les droits de la défense. Tel est le cas dès lors que la partie poursuivante doit établir l'existence de l'obligation et le fait que le résultat imposé n'a pas été atteint, et dès lors que le prévenu peut soumettre à l'appréciation du juge du fond les causes d'exonération de nature à le soustraire à la sanction pénale. Lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, ainsi que la cour d'appel l'a légalement décidé, il suffit au créancier de prouver que le résultat n'a pas été atteint et c'est au débiteur, alors, d'établir l'absence de faute de sa part en démontrant que cette situation est imputable à une cause étrangère, celle-ci devant être comprise comme une impossibilité absolue d'exécution.»

Section 2

La définition de l'élément moral des infractions et ses différentes expressions

Étant réaffirmé le principe selon lequel toute infraction suppose l'existence d'un élément moral, même lorsqu'il n'y est pas expressément fait référence dans l'incrimination, qu'il s'agisse d'une infraction instituée par le Code pénal ou par une loi particulière, se pose ensuite la question de savoir comment déterminer cet élément moral.

Les développements qui suivent portent sur les différentes expressions de cet élément, lequel se décline sous deux grandes formes, que sont l'intention (le dol) et la répréhensible négligence (la faute)⁵⁷.

Ces deux expressions de l'élément moral se présentent elles-mêmes sous différents aspects, selon le type d'infraction⁵⁸ : le dol général, qui suppose la connaissance et la volonté ou l'acceptation de poser l'acte interdit ou de s'abstenir d'intervenir, le dol spécial, qui comporte, en plus de la connaissance et de la volonté, une intention plus spécifique, la faute (consciente ou inconsciente) et le concours du dol et de la faute (dans les infractions *praeter-intentionnelles*).

La détermination du contenu de ces différentes modalités de l'élément moral est cruciale en pratique, puisque c'est par son biais que les juridictions répressives sont en mesure d'apprécier à quelle incrimination satisfait, le cas échéant, l'état d'esprit de l'auteur.

Si la réponse à la question de savoir comment déterminer l'élément moral requis pour chaque infraction est aisée lorsque le législateur a spécifié expressément, dans la disposition d'incrimination pénale, l'élément moral exigé, la

⁵⁷ Voy. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, Hoste, 3^e éd., 1879, n° 293 ; J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, 6^e éd., Liège, 1975, n° 83 ; P.-E. TROUSSE, « Les principes généraux du droit pénal positif belge », *Les Nouvelles. Droit pénal*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, n° 2393 à 2443 ; A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, n° 291.

⁵⁸ Voy. CH. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 316.

situation est plus délicate lorsque la loi est muette sur ce point, situation qui est le plus fréquemment rencontrée dans les lois et règlements particuliers, lesquels se contentent souvent de décrire l'élément matériel de l'infraction.

Nous l'avons évoqué, plusieurs courants doctrinaux s'affrontent à cet égard. À la théorie classique s'oppose la doctrine de l'Université libre de Bruxelles⁵⁹.

Selon la première⁶⁰, qui se fonde principalement sur les écrits du professeur J.-J. Haus, « la règle, c'est le dol »⁶¹ : l'intention infractionnelle est un élément constitutif de tous les crimes et délits institués par le Code pénal, à moins que celui-ci ne punisse la simple faute⁶², les contraventions ne requérant, quant à elles, pas le dol, sauf disposition expresse en ce sens⁶³. Ainsi, à défaut de texte légal qui incrimine la faute ou un dol spécial, l'élément moral requis pour les crimes et délits du Livre II du Code pénal est le dol général, tandis qu'en matière de contraventions, sauf disposition contraire, la simple faute suffit à constituer l'élément moral. Quant aux infractions aux lois et règlements particuliers, à défaut de précision du législateur au sujet de l'élément moral, celui-ci est constitué de la simple faute pour les délits et les contraventions, alors que, pour les crimes, l'intention est requise⁶⁴. Les travaux préparatoires du Code pénal énoncent en ce sens que le dol général est l'élément moral requis pour tous les crimes et les délits lorsque le législateur n'incrimine pas la faute⁶⁵ : « L'intention criminelle (*dolus*) est un élément constitutif de tout crime et même de tout délit à moins que la loi n'ait puni, par une disposition expresse et spéciale, la simple faute (*culpa*), comme dans les cas prévus aux articles [419 et 420] du Code pénal »⁶⁶. De même, selon le rapport de la Commission de Fernelmont, « le dol ou la résolution criminelle est un élément constitutif des crimes et des délits. Ce principe, qui est absolu en matière criminelle, souffre exception en matière correctionnelle, dans les cas peu nombreux où la loi

⁵⁹ Voy. F. KUTY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », *R.C.I.B.*, 2009, pp. 214 à 247 ; A. DE NAUW, « Continuité et renouveau des principes généraux du droit pénal : contributions et échecs de la doctrine de la revue », in *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie - Le centenaire de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charce, 2007, p. 5.

⁶⁰ Voy. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, Hoste, 3^e éd., 1879, n° 293 et 403 ; CH. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 316, n° 345 ; CH. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, op. cit., p. 304 ; COMMISSION POUR LA RÉVISION DU CODE PÉNAL, « Rapport sur l'état des travaux », *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, pp. 711 à 748 ; J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, op. cit., n° 86 ; P.-A. LEJEUNE, « Infractions et répression en général », *R.P.D.B.*, complément IV, Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 737 ; J. RUBBRECHT, *Inleiding tot het Belgisch Strafrecht*, Louvain, Wouters, 1958, p. 130 ; F. COLLIN, *Strafrecht*, Bruxelles, Larcier, 1948, p. 107 ; J. SIMON, *Handboek van het Belgisch Strafrecht*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant ; A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1946, n° 130.

⁶¹ G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1938, p. 9.

⁶² En ce sens, voy. Cass., 13 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 194 ; Cass., 11 novembre 1895, *Pas.*, 1896, I, p. 11.

⁶³ Voy. Cass., 8 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 917 ; Cass., 12 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 852.

⁶⁴ Voy. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., n° 248.

⁶⁵ Voy. supra.

⁶⁶ J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, op. cit., t. 1, p. 134 ; J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., n° 295.

punit la faute proprement dite par une disposition expresse et spéciale. Mais lorsqu'il s'agit d'infractions aux lois ou règlements de police, la faute est assimilée au dol, en ce sens que la loi prononce la même peine contre l'infacteur sans examiner s'il a agi sciemment ou volontairement ou par imprudence ou inattention»⁶⁷.

L'École de l'Université libre de Bruxelles, qui se fonde sur l'enseignement du professeur R. Legros⁶⁸, n'opère quant à elle pas de distinction entre les crimes, les délits et les contraventions, pas plus qu'elle ne traite différemment les infractions au Livre II du Code pénal de celles prévues dans les lois et règlements particuliers. Selon cette doctrine, lorsque le législateur n'a pas expressément défini l'élément moral d'une infraction, celui-ci consiste en la «faute infractionnelle», laquelle consiste en la «transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire [...] commise librement et consciemment». Il importe peu, suivant cette thèse, que la transgression de la norme pénale résulte d'une simple négligence ou d'une intention infractionnelle. Selon cette théorie, lorsque l'élément moral n'est pas énoncé dans le texte légal ou réglementaire, c'est au prévenu de se justifier, pour renverser la présomption de responsabilité pénale, en soulevant une cause de non-imputabilité morale établissant avec une crédibilité suffisante que la transgression matérielle n'a pas été commise «librement et consciemment», ou en se prévalant d'une cause de justification⁶⁹. Une telle approche de l'élément moral des infractions opère ainsi un renversement de la charge de la preuve, dès lors qu'en principe, il incombe à la partie poursuivante (ou à la partie civile) d'apporter la preuve de l'ensemble des éléments constitutifs (en ce compris l'élément moral) de l'infraction.

Sous-section 1

Le dol

Le dol (volonté consciente) est l'état d'esprit requis dans le chef de l'agent en matière d'infractions intentionnelles : la culpabilité de celui-ci ne pourra être reconnue, pour ce type d'infractions, que s'il a agi en connaissance de cause et en voulant ou tout au moins en acceptant la réalisation de l'infraction, soit l'accomplissement de l'acte ou de l'abstention prohibé⁷⁰. L'infraction qui exige

⁶⁷ Rapport relatif aux chapitres I, II et III du Livre I^{er} du Code pénal fait au nom de la Commission du Gouvernement par J.-J. HAUS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1867, p. 25.

⁶⁸ R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, op. cit.

⁶⁹ En ce sens, voy. Cass., 20 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 664 ; Cass., 11 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 77 ; Cass., 17 février 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 97 ; Cass., 8 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 515 ; Cass., 19 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 615 ; Cass., 29 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 895 ; Cass., 7 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1932.

⁷⁰ Voy. Cass., 23 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 1550 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 320 ; J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 1879, p. 209 ; J. CONSTANT, *Précis de droit pénal - Principes généraux du droit pénal positif belge*, 1975, p. 123 ; J.-P. DOUCET, *Précis de droit pénal général*, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1976, p. 77 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek*

le dol exclut donc que l'agent puisse être condamné du fait de sa négligence ou de son imprudence.

Comme le souligne la doctrine, «[c]onnaissance et volonté ne sauraient se confondre [...] avec la faculté de discerner et de diriger son action, faculté dont la jouissance constitue la condition générale et préalable de toute imputabilité. Les infractions "intentionnelles", c'est-à-dire celles qui réclament un dol, impliquent davantage : elles ne sont imputables à l'agent que si celui-ci les réalise "sciens et volens aut accipiens" (en pleine connaissance des éléments de l'acte commis et en voulant ou tout au moins en acceptant leur réalisation)»⁷¹. Il ne suffit, en effet, pas de constater que l'agent est doué de discernement et de libre arbitre pour conclure à sa responsabilité pénale, encore faut-il, s'agissant d'une infraction intentionnelle, que l'acte ou l'abstention prohibé soit l'expression, précisément, d'une activité intentionnelle, ce qui ne peut se déduire du simple fait que ladite activité est consciente et libre. F. Kéfer⁷² relève à juste titre, à ce sujet : «il est indispensable de distinguer nettement l'élément moral de l'imputabilité, ce que les auteurs ne font pas toujours ; les éléments psychologiques de l'infraction sont souvent associés sous le concept soit d'élément moral, soit d'imputabilité, soit de faute, alors que techniquement, ils sont de nature différente. [...] La qualification s'opère en deux phases [...] : il convient d'abord de vérifier qu'existent tous les éléments constitutifs prévus par la loi d'incrimination [...]. Si la réponse est positive, le juge passera à la deuxième phase ; il pourra éventuellement prendre en considération des circonstances appelées causes objectives de justification, qui rendent exceptionnellement l'acte, initialement incriminé par le législateur, licite, c'est-à-dire qui font disparaître l'infraction. Ce n'est que dans une phase ultérieure, si toutes les conditions d'existence de l'infraction sont vérifiées, si le délit est constitué et n'est pas justifié, que le juge examinera l'imputabilité du fait à la personne poursuivie. [...] La responsabilité pénale suppose que le fait soit imputable à une personne dont l'activité est consciente et volontaire. [...] On peut donc résumer la responsabilité pénale par l'équation suivante :

Élément moral + imputabilité = responsabilité.

Cette distinction entre l'élément moral et l'imputabilité morale est évidemment mise à mal dans l'hypothèse des infractions dites réglementaires, pour lesquelles il est affirmé que l'élément moral existe dès lors que l'acte ou l'omission a été posé librement et consciemment, dès lors, autrement dit, que l'élément matériel de l'infraction est imputable à l'agent. Dans cette hypothèse, en effet, «[l]a loi n'exige aucun élément moral constitutif de l'infraction. Le seul élément psychologique, "fautif", est l'imputabilité qui, jointe à l'élément

Belgisch strafrecht, Louvain, Acco, 1990, n° 420 ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 413.

⁷¹ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 320. Sur l'imputabilité morale, voy. *infra*.

⁷² F. KÉFER, *Précis de droit pénal social*, 2^e éd., Limal, Anthémis, 2014, pp. 63 et 64.

matériel, conditionne la responsabilité du prévenu⁷³. Ainsi en est-il en droit pénal social, matière dans laquelle la Cour de cassation a eu plusieurs occasions d'affirmer que «la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue, en soi, une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur à condition que cette transgression soit commise sciemment et volontairement»⁷⁴, ce que relevait de manière très didactique le Tribunal correctionnel de Tournai dans un jugement du 16 février 2007⁷⁵ :

«Attendu que toutes les infractions dont le tribunal est saisi, hormis les faits relatifs à l'accident de roulage proprement dit, relèvent du droit pénal social;

Attendu que la plupart des incriminations de droit pénal social ne contiennent aucune définition de l'élément moral, condition de l'existence de l'infraction;

Que la loi punit la simple violation matérielle de leur prescription;

Attendu, toutefois, que l'auteur n'est pas punissable par le seul fait de la réalisation matérielle de l'acte, encore faut-il pour cela que l'infraction déclarée établie lui soit imputable;

Attendu que la responsabilité pénale suppose que le fait soit imputable à une personne dont l'activité est consciente et volontaire;

Que «conscience et volonté» sont les conditions générales d'imputabilité (Ch. Vanderlinden, *R.D.P.*, 2000, p. 660 et suivantes);

Qu'aussi, la responsabilité pénale contient deux éléments :

- a. l'imputabilité morale qui, elle-même, en comprend deux; d'une part, le discernement, la conscience, termes signifiant l'aptitude à comprendre, en l'occurrence à comprendre ce qui est permis et ce qui est interdit; d'autre part, le libre arbitre, à savoir la capacité de décider la maîtrise de sa volonté;
- b. l'élément moral, c'est-à-dire un état d'esprit coupable, le choix fautif, l'agent ayant opté pour une action prohibée par le droit positif; c'est l'exercice répréhensible des deux premières facultés (F. Kéfer, *C.D.S.*, 2000/6, p. 258);

Que l'élément moral de l'infraction de droit pénal social consiste dans le fait que le prévenu a commis ladite infraction librement, sans que son consentement ait été vicié par une cause de justification (Fr. Lagasse, *Manuel de droit social*, Larcier, 2003, p. 74);

Attendu, dès lors, que l'élément moral de ces infractions, dites réglementaires, existe lorsque l'acte a été commis librement, en sachant que l'on viole la loi ou en voulant la violer;

Que le prévenu pourra, toutefois, s'exonérer de sa responsabilité pénale en faisant valoir une cause de justification (erreur invincible, état de

⁷³ *Ibid.*, p. 70.

⁷⁴ Voy. Cass., 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 26; Cass., 6 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 261.

⁷⁵ Corr. Tournai (7^e ch.), *J.L.M.B.*, 14/2008, p. 615.

nécessité, contrainte ou force majeure) de nature à établir qu'il n'a pas agi librement ou en ce qui concerne les obligations de moyens telles que celle visée à l'article 15.1 du Règlement CEE n° 3820/85, en établissant qu'il a agi comme un homme nonnalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de l'espèce;

Qu'il sera tenu compte de l'ensemble de ces principes lors de l'examen des différentes infractions.»

À noter, enfin, que l'intention criminelle doit être distinguée du mobile – qui peut être honorable ou vil –, lequel n'est, quant à lui, pas un élément constitutif de l'infraction, mais éclaire les raisons du comportement de l'agent⁷⁶ : dès lors que l'auteur est animé par l'intention de commettre celle-ci, peu importe les raisons profondes qui ont présidé au passage à l'acte ou à l'abstention d'intervenir, ces raisons étant tout à fait indifférentes quant à la réalisation de l'infraction. En effet : «Le mobile, entendu dans le sens de la raison particulière personnelle à l'agent, extrinsèque à l'infraction et qui le conduit à contrevenir à la loi pénale, demeure sans incidence sur la responsabilité pénale. Il est la réponse à la question de savoir ce qui a motivé l'agent à agir ou à s'abstenir d'agir. Louable et moral chez les uns, il peut être blâmable et immoral chez les autres. L'on peut être amené à voler pour nourrir son enfant ou aider les nécessiteux ou, au contraire, par but de lucre. Ainsi entendu, le mobile de l'agent, si honorable soit-il, est sans relevance quant à l'incrimination d'un comportement puisqu'il ne constitue pas un élément constitutif de l'infraction»⁷⁷.

La Cour de cassation l'a souligné dans un arrêt du 6 janvier 1988⁷⁸, à propos de faits de sadomasochisme :

«Attendu que le sadomasochisme constitue une forme de vivre la sexualité caractérisée par le fait qu'avant ou pendant la satisfaction sexuelle, l'un des partenaires fait subir sciemment et volontairement des humiliations et des tortures corporelles à l'autre partenaire, qui y consent, voire, le demande;

Attendu que les pratiques sadomasochistes ne sont pas qualifiées par la loi pénale comme constituant un comportement punissable autonome; que, toutefois, par leur nature, elles répondent à la qualification du délit de blessures ou coups volontaires, prévu par les articles 392, 398 et suivants du Code pénal;

Attendu qu'est punissable en vertu de ces articles, quiconque aura volontairement fait des blessures, ou porté des coups, avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré;

⁷⁶ Le mobile peut tout au plus être retenu comme circonstance atténuante ou aggravante.

⁷⁷ A. DE NAUW et F. KUTY, « Examen de jurisprudence (2000 à 2007) », *R.C.J.B.*, 2010, p. 323.

⁷⁸ Cass., 6 janvier 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 563, note A. DE NAUW, « Les conditions générales de la sanction ».

Attendu que, pour cette infraction, il n'est requis en tant qu'élément moral qu'un dol général, à savoir le fait de commettre sciemment l'acte interdit par la loi, qui, en vertu des articles 392 et 398 du Code pénal, consiste dans l'atteinte à l'intégrité physique de la personne à laquelle les blessures ont été faites ou les coups portés.

Que le dessein d'attenter à la personne d'un individu ne requiert pas – contrairement à ce qu'invoque le moyen, en cette branche – que l'auteur agisse dans une "intention malveillante", mais uniquement qu'il fasse sciemment un acte qui porte atteinte à l'intégrité physique; qu'ainsi, les intentions ou motifs subjectifs qu'il pourrait avoir en le faisant sont dénuées de pertinence.»

Cette indifférence des mobiles à l'égard de l'incrimination avait également été relevée par la Cour dans un arrêt du 6 septembre 1995⁷⁹, concernant des faits de vol :

«Attendu que l'élément moral du délit prévu à l'article 491 du Code pénal consiste en l'intention de l'auteur de s'approprier la chose remise ou d'en dépouiller celui à qui elle appartient et, dès lors, d'en disposer en tant que propriétaire; que sont à cet égard sans pertinence tant la bonne foi de l'auteur que ses mobiles;

Attendu que l'arrêt, qui écarte l'intention frauduleuse des défendeurs, au motif "qu'ils ont toujours prétendu avoir agi de bonne foi et qu'ils ont utilisé les fonds exclusivement dans l'intérêt de la cause qu'ils défendaient", déduit l'absence d'intention frauduleuse, d'une part, de la bonne foi des défendeurs, d'autre part de leurs mobiles;

Qu'ainsi il ne décide pas légalement que les faits servant de fondement à l'action civile de la demanderesse ne sont pas établis.»

Il est toutefois admis que le juge puisse déduire du mobile honorable la preuve de l'élément intentionnel⁸⁰.

I. Les formes du dol

A. Le dol général

Le dol général est composé de deux éléments : la connaissance (*sciens*) et la volonté (*volens*) ou l'acceptation (*acapiens*) de poser l'acte interdit ou de s'abstenir d'intervenir conformément à la loi. Les expressions qui le désignent sont «sciemment et volontairement», ou «intentionnellement»⁸¹.

⁷⁹ Cass., 6 septembre 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 334.

⁸⁰ Voy. Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 333; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. I, p. 173; A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires», in *Les infractions*, vol. 2 «Les infractions contre les personnes», Bruxelles, Laricié, 2010, p. 293, n° 236.

⁸¹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 271.

Il peut se définir⁸² comme la volonté de poser l'acte prohibé ou l'abstention défendue, en connaissant tant le caractère punissable dudit comportement que la réalisation de tous ses éléments matériels⁸³. C'est en tout cas la définition qu'en a donnée la Cour de cassation dans un important arrêt du 23 novembre 1999, aux termes duquel le dol général s'entend comme le fait «d'accomplir sciemment et volontairement l'acte interdit par la loi», «le terme sciemment exige[ant] que l'auteur agisse en connaissant tant le caractère punissable de son comportement que le fait que tous ses éléments matériels sont réalisés, c'est-à-dire qu'une infraction est commise», et «le terme volontairement [...] que l'auteur ait l'intention de réaliser l'élément matériel de l'infraction, c'est-à-dire l'acte interdit ou l'abstention interdite». Comme le relève F. Kuty, «[l']infraction intentionnelle est alors le fruit d'un comportement adopté en pleine connaissance des éléments qui la constituent avec la volonté ou, du moins, l'acceptation de leur réalisation ou encore avec la volonté de commettre l'acte ou l'omission incriminé et d'en réaliser les conséquences prévues par la loi»⁸⁴. La connaissance est tantôt expressément requise par la loi, tantôt implicite.

L'exemple le plus classique est celui des coups et blessures volontaires (art. 398 C. pén.). Dans un arrêt du 19 octobre 2011, la Cour de cassation a jugé, à ce propos, que cette infraction requiert que l'auteur commette en connaissance de cause l'acte portant atteinte à l'intégrité physique de la victime, la volonté exigée par les articles 392, 398 et 399 du Code pénal ne portant que sur cet acte et non sur son résultat. La Cour rejetait ainsi le pourvoi dirigé à l'encontre d'un arrêt rendu le 23 mars 2011 par la Cour d'appel de Bruxelles, aux termes duquel, forçant le passage de son véhicule entre des manifestants, l'auteur avait «volontairement et délibérément mis en danger l'intégrité physique des personnes présentes [...] alors même qu'il n'[avait] pas voulu causer le dommage

⁸² Voy. N. COLETTE-BASECQZ et N. DENIES, «Droit de l'environnement et droit économique et social : réflexions sur l'élément moral dans les lois et règlements particuliers», op. cit., pp. 473 à 508; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, op. cit., p. 309; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 431; A. MARCHAL et J.-P. JASPAR, *Traité théorique et pratique de droit criminel*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Laricié, 1965, n° 122; P.-E. TROUSSE, «Les principes généraux du droit pénal positif belge», op. cit., n° 2403; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, op. cit., n° 426; H. SCHULTZ, «Remarques sur l'élément moral dans l'avant-projet de Code pénal», *Ann. Dr.*, 1986, pp. 131 à 145; W. BROSENS, «L'élément moral dans les infractions et le futur Code pénal belge», *Rev. dr. pén. crim.*, 1979, pp. 407 à 432; J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., Gand, Hoste, 1879, n° 295; J. VERHAEGEN, «Le fait qualifié infraction», in *Mélanges R. Legros*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1985, pp. 749 à 766; J.-J. HAUS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1898, p. 272; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 320, n° 349; J. VERHAEGEN, «Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal belge», *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, pp. 3 à 26; J.-P. DOUCET, *Précis de droit pénal général*, Liège, Éditions de la Faculté de droit de Liège, 1976, p. 77; H. BEKAERT, *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch Strafrecht*, Bruxelles, Universitaire Publicaties, 1965, n° 162; A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1946, n° 130.

⁸³ A. DE NAUW et F. KUTY, «Examen de jurisprudence (2000 à 2007)», op. cit., p. 319.

⁸⁴ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II «L'infraction pénale», op. cit., pp. 232 et 233.

qui en est résulté». Le pourvoi reprochait à cet arrêt de considérer établi le caractère volontaire des coups ou blessures alors qu'il ne ressortait pas de cette mise en danger. Selon la Cour de cassation, toutefois, la considération selon laquelle l'acte de violence consistant à forcer le passage était délibéré implique que le demandeur a commis celui-ci en connaissance de cause et volontairement, de sorte que les juges d'appel avaient légalement justifié leur décision. On observera, à l'inverse, que, dans le cas du meurtre sanctionné par l'article 393 du Code pénal, l'auteur recherche (ou accepte) un but tout à fait spécifique qui est la mort de la victime. J.-J. Haus précise, en ce sens : « pour qu'il y ait crime de meurtre ou d'avortement, il ne suffit point que le fait ait été commis sciemment et volontairement ; il ne suffit pas même que l'agent ait eu le dessein de nuire ; il faut qu'il ait donné la mort dans l'intention de la donner »⁸⁵.

Le dol général est également l'élément moral requis, par exemple, dans le délit de non-assistance à personne en danger (art. 422bis C. pén.). Il doit être considéré, à ce sujet, qu'« [e]nfreint sciemment et volontairement la loi celui qui a l'intention de négliger sciemment et volontairement l'acte obligatoire »⁸⁶. À ce propos, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 7 novembre 2012⁸⁷, rappelé qu'une erreur fautive de diagnostic ne constitue pas l'élément moral (dol général) requis : « Le délit de non-assistance à personne en danger, prévu à l'article 422bis du Code pénal, suppose, outre la connaissance du péril grave et actuel auquel la victime est exposée, le refus intentionnel de lui apporter l'aide apte à conjurer ce danger dans la mesure du possible. Au titre de cette infraction, la loi punit l'inertie consciente et volontaire, le refus égoïste de porter secours, et non l'inefficacité, la maladresse ou l'inadéquation de l'aide procurée sur la base d'une erreur d'appréciation ou de diagnostic. [...] S'il peut éventuellement se déduire, de l'activité de la demanderesse telle que les juges d'appel l'ont décrite, que ses interventions n'ont pas atteint le niveau de qualité ou d'efficacité attendu d'un médecin normalement compétent et diligent placé dans les mêmes circonstances, il ne saurait en être inféré qu'elle n'a rien fait, s'est désintéressée sciemment du cas ou a voulu priver la personne en péril de l'assistance qui lui était nécessaire. Sans doute l'arrêt considère-t-il que l'abstention de porter secours est établie parce que la demanderesse n'a pas décidé par elle-même d'administrer les antibiotiques ni instauré cette thérapie dès que le superviseur le lui a suggéré, d'après ce dernier, lors du deuxième rappel. Mais l'arrêt ne constate pas que le défaut d'application des soins spécifiques qu'appelait la maladie, ait été le fruit d'une décision prise par la demanderesse

⁸⁵ J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., p. 219. Voy. également Cass., 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 562, note A. DE NAUW, « Les conditions générales de la sanction », et Gand, 10 novembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 286.

⁸⁶ A. DE NAUW et F. KUTY, « Examen de jurisprudence (2000 à 2007) », op. cit., p. 317, citant Cass., 21 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1174.

⁸⁷ Cass., 7 novembre 2012, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 310, note N. COLETTE-BASTCQZ, « L'erreur fautive de diagnostic n'est pas assimilable à l'abstention coupable de porter secours à personne en danger ».

après avoir identifié correctement la pathologie à combattre. Le fait de n'avoir compris que tardivement la nature réelle de l'infection, nonobstant les avis recueillis et les observations effectuées ou qui auraient dû l'être, ainsi que l'inadéquation des mesures engendrées par une perception inexacte de l'état de la malade, peuvent, le cas échéant, constituer un comportement inattendu de la part d'un médecin assistant de garde dans un service de soins intensifs. Contrairement à ce que l'arrêt décide, ces faits ne sauraient s'analyser pour autant comme étant constitutifs du refus délictueux de porter secours, visé par l'article 422bis du Code pénal.»

Le fait de « faciliter à titre onéreux ou à titre gratuit l'usage des substances spécifiées à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, en procurant à cet effet un local ou par tout autre moyen », sanctionné par les articles 1^{er}, 2bis, § 1^{er}, 3, alinéa 2, 4 et 6 de cette même loi, exige, lui aussi, un dol général : l'auteur doit faciliter d'une quelconque manière l'utilisation de ces substances en connaissance de cause. La Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 21 mai 2002⁸⁸, que tel est le cas lorsque l'auteur permet ou autorise l'accès à un local en sachant que des stupéfiants y sont utilisés et qu'il admet cette utilisation ou ne s'y oppose pas sérieusement : « Attendu que l'arrêt déduit le fait que les demandeurs ont facilité à autrui l'usage de substances prohibées dans leur dancing, de la seule circonstance que des drogues étaient vendues et utilisées librement dans leur établissement, qu'ils le savaient et qu'ils n'y ont rien fait, qu'ils n'ont pas suivi les suggestions données par les enquêteurs afin de mettre fin ou de limiter cet usage et qu'ils n'ont pas pris de mesures sérieuses pour que les contrôles effectués à l'entrée par un personnel non fiable soient efficaces ; qu'ainsi, l'arrêt justifie légalement la décision selon laquelle les faits mis à charge des demandeurs sont établis ; Que, dans cette mesure, le moyen ne peut être accueilli ».

B. Le dol spécial

La connaissance des circonstances qui érigent un comportement déterminé en infraction et la volonté du résultat ne suffisent pas à caractériser l'élément moral de l'infraction lorsque la loi exige une intention spéciale déterminée, qualifiée de dol spécial⁸⁹, lequel suppose un état d'esprit plus spécifique, tel que l'intention frauduleuse ou méchante ou le dessein de nuire⁹⁰.

L'article 443 du Code pénal, qui réprime la calomnie, en est un exemple puisqu'il requiert de l'agent qu'il ait « méchamment » imputé à une personne un fait précis de nature à porter atteinte à son honneur⁹¹.

⁸⁸ Cass., 21 mai 2002, R.G. n° F-20020521-8, www.cass.be.

⁸⁹ A. DE NAUW et F. KUTY, « Examen de jurisprudence (2000 à 2007) », op. cit., p. 322.

⁹⁰ Voy. P.-E. TRAUSSE, « Les principes généraux du droit pénal positif belge », op. cit., p. 379.

⁹¹ Voy. Corr. Namur (15^e ch.), 31 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 303.

L'article 433^{decies} du Code pénal offre un autre exemple de dol spécial, exigeant de l'auteur qu'il vende, loue ou mette à disposition de la victime des biens « en vue de réaliser un profit anormal ».

De même, l'article 193 du Code pénal, relatif au faux en écriture, exige une intention frauduleuse (l'intention de procurer à soi-même ou à autrui un profit ou un avantage illicite) ou un dessein de nuire (la volonté de porter préjudice à autrui)⁷².

L'article 380^{bis} du Code pénal requiert, quant à lui, que l'agent ait l'intention de « satisfaire les passions d'autrui ». La Cour de cassation a eu l'occasion⁷³ de préciser, d'une part, qu'il n'est pas requis que l'auteur agisse, en outre, dans le but de procurer un gain pour lui-même ou pour autrui, et, d'autre part, que la circonstance qu'une personne qui se livre à la débauche ou à la prostitution dans le but de satisfaire ses propres passions n'empêche pas qu'elle puisse aussi agir en vue de satisfaire celles d'autrui.

La préméditation, qui se définit comme le projet mûrement réfléchi qui précède la commission de l'infraction⁷⁴, peut également être exigée à titre d'élément constitutif. On la retrouve, par exemple, à l'article 394 du Code pénal, qui incrimine l'assassinat.

À noter que certaines infractions impliquent plusieurs intentions spécifiques. Ainsi en est-il, par exemple, du dol spécial requis pour les délits de fraude fiscale, visés aux articles 449 et 450 du Code des impôts sur les revenus, qui ne consiste pas seulement dans « l'intention d'éluider l'impôt ou d'y faire échapper un tiers »⁷⁵.

II. Les modes du dol

On distingue traditionnellement trois modes du dol selon le résultat recherché par l'agent : le dol direct, le dol indirect et le dol éventuel.

⁷² Voy. p. ex. Bruxelles (1^{re} ch.), 25 novembre 2008, J.T., 41/2008, p. 757 ; F. LUGENT, « Faux en écritures authentiques et publiques, en écritures de commerce ou de banque et en écritures privées et usage de ces faux », in *Les infractions*, vol. 4 « Les infractions contre la foi publique », Bruxelles, Larcier, 2012, p. 142.

⁷³ Voy. Cass., 6 janvier 1998, J.L.M.B., 2000, p. 345.

⁷⁴ M. LELIÈVRE, « Rapport fait dans la séance du 3 mars 1859, au nom de la commission », Chambre des représentants, session de 1858-1859, in J.-S.-G. NYELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant-Christophe et cie, 1868, p. 275 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, op. cit., p. 253.

⁷⁵ Voy. Cass., 10 mars 1993, Pas., 1993, p. 138 ; J. KIRKPATRICK, « La répression pénale de la fraude fiscale depuis les réformes de 1986 et de 1992 », *Rev. dr. U.L.B.*, 1997, p. 145 ; Cass., 14 février 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 875.

A. Le dol direct

Le dol direct⁷⁶ suppose que l'auteur ait recherché directement les conséquences de son comportement.

Peu importe à cet égard que l'effet recherché soit indéterminé ou conditionnel. Le dol est indéterminé lorsque l'agent recherche et atteint le résultat incriminé par la loi pénale sans toutefois avoir pu préalablement évaluer avec exactitude toutes les conséquences de son acte. On pense, par exemple, au fait de jeter un explosif ou de foncer avec sa voiture dans une foule, dans l'intention de tuer, sans viser une personne en particulier⁷⁷. Le dol est conditionnel lorsque la commission de l'infraction est dépendante d'une condition ou d'une circonstance quelconque. Ces cas de figure particuliers sont expressément visés par l'article 392 du Code pénal, qui énonce que « [s]ont qualifiés volontaires l'homicide commis et les lésions causées avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition, et lors même que l'auteur se serait trompé dans la personne de celui qui a été victime de l'attentat ».

B. Le dol indirect

Le dol indirect se caractérise, quant à lui, par le fait que le résultat du comportement de l'agent, bien que prévisible, dépasse le but poursuivi⁷⁸, l'agent acceptant néanmoins les « effets collatéraux » de son comportement⁷⁹. C'est, par exemple, le cas du pyromane qui met le feu à un objet, feu qui, eu égard à la configuration des lieux, se communiquera nécessairement à un autre objet.

C. Le dol éventuel

Le dol éventuel se distingue du dol indirect en ce que l'effet collatéral du comportement de l'agent, accepté par celui-ci dans l'hypothèse où il se produirait, est une conséquence non nécessaire, mais seulement probable du comportement en question. C'est le cas par exemple de « l'automobiliste qui fonce à travers un barrage de police et tue par ce fait un des policiers présents. Bien que le premier but recherché par ce chauffard n'ait pas été de tuer un policier, mais uniquement de franchir le barrage [...], il devait toutefois se rendre compte que ce faisant, il risquait de renverser et de tuer un policier »⁸⁰.

⁷⁶ Voy. F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 432.

⁷⁷ Voy. Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 321 ; O. MICHELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », J.T., 2009, p. 561.

⁷⁸ Voy. H.-H. JESCHICK et T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5^e éd., p. 299.

⁷⁹ O. MICHELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », op. cit., p. 561.

⁸⁰ A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », op. cit., p. 121, n° 24.

Comme le relevait J.-J. Haus, « [à] la vérité, le coupable n'a pas eu pour but de commettre ce crime ; mais sachant que, selon toute probabilité, son action causerait un mal grave, ou que le mal qu'il se proposait de faire à une personne déterminée retomberait sur une autre personne, il a éventuellement voulu ce mal, il a préféré subir cette conséquence de son fait, plutôt que de renoncer à son projet qu'il voulait exécuter, même au risque du résultat prévu. Ainsi, bien qu'il n'ait pas voulu directement et principalement le crime dont il est devenu la cause, bien qu'il ne l'ait pas même désiré, il y a cependant consenti pour le cas où il résulterait du fait ; ce crime était donc compris indirectement et éventuellement dans son intention »¹⁰¹.

Il convient toutefois de noter, s'agissant de la distinction entre dol direct, indirect et éventuel, que celle-ci n'entre pas en ligne de compte pour apprécier la culpabilité : chaque mode du dol constitue l'élément moral des infractions intentionnelles, la seule exception tenant au fait qu'en matière de tentative punissable, un dol direct est requis¹⁰². Dans un jugement du 8 janvier 2008¹⁰³, le Tribunal correctionnel de Neufchâteau a rappelé à cet égard que, si le dol éventuel doit être assimilé au dol direct, ce n'est que dans l'hypothèse où l'infraction se serait réalisée, et non lorsque cette réalisation a été empêchée, indiquant en particulier que, si la conséquence probable d'un acte permet d'inférer une intention homicide, une telle assimilation est interdite lorsqu'il ne s'agit que d'une tentative, celle-ci requérant chez l'agent une résolution criminelle directe de consommer une infraction déterminée.

Sous-section 2

La faute

I. Notion

La faute¹⁰⁴, qui constitue l'élément moral propre aux infractions non intentionnelles, se caractérise par le fait que l'agent n'a pas voulu ni accepté la réalisation de l'infraction.

L'utilisation du vocable « faute » nous paraît source de confusion et d'ambiguïté¹⁰⁵. En effet, le concept de faute est « susceptible de s'appliquer aussi bien

à l'état d'esprit coupable (inattention, imprévoyance...) avec lequel peut se commettre un manquement à la loi pénale, qu'au manquement lui-même : l'acte en tant que fait matériel, indépendant de l'état d'esprit de son auteur »¹⁰⁶. Il en résulte qu'« une faute objective n'est pas nécessairement imputable à une faute subjective »¹⁰⁷. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, la faute est ici entendue dans son sens subjectif¹⁰⁸ et non objectif.

Comme le professeur Verhaegen l'a souligné, à juste titre, « c'est bien l'élément moral et non le fait matériel inadéquat que vise le terme "culpa" ; plus précisément encore, c'est l'exercice ou le non-exercice répréhensible des facultés mentales du sujet »¹⁰⁹.

La faute se définit comme une répréhensible négligence, un manque de prévoyance et de précaution, qui entraîne l'atteinte involontaire à un bien ou un intérêt protégé pénalement, alors que celle-ci aurait pu être évitée¹¹⁰.

Ainsi en va-t-il des coups et blessures involontaires, les articles 418, 419 et 420 du Code pénal, qui les incriminent, étant applicables lorsque l'auteur, sans intention d'attenter à la personne d'autrui, a commis une faute d'où est résultée une lésion corporelle¹¹¹.

Selon P.-E. Trousse¹¹², « la faute en droit pénal est un défaut de prévoyance ou de précaution, une négligence, qui a eu des conséquences préjudiciables. Elle est une erreur de conduite dommageable. Elle est une action ou une omission qui, par défaut de soins, d'attention ou de prudence, a nui à des intérêts publics ou privés ».

La doctrine précise qu'« il ne peut y avoir de faute si, exigeant un résultat, les conséquences possibles de celle-ci étaient imprévisibles. La prévisibilité apparaît dans cette hypothèse comme un critère à part entière de l'appréciation de la faute tant pénale que civile. À défaut de prévisibilité du dommage, pour les infractions qui supposent la survenance de ce dernier, il ne peut y avoir de faute »¹¹³.

¹⁰¹ J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, 3^e éd., 1879, n° 314 et 315.

¹⁰² N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 275.

¹⁰³ Corr. Neufchâteau, 8 janvier 2008, R.R.D., 2008, p. 329, note A. LORENT, « L'élément moral de la tentative de meurtre ».

¹⁰⁴ Voy. J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », J.T., 1979, p. 349 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 338 ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 437 ; R. LECROS, « Considérations sur les délits d'imprudence », *Rev. dr. pén.*, 1958-1959, pp. 109 et s. ; L. DUPONT et R. VESTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, op. cit., pp. 237 et s.

¹⁰⁵ N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », op. cit., pp. 413 et 414.

¹⁰⁶ J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements », op. cit., 1988, p. 289.

¹⁰⁷ G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.O.J., 1998, p. 985.

¹⁰⁸ Sur les approches de la composante subjective de la faute, voy. A. A. VAN DIJK, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Overt opzet, schuld, schuldloosheidsgronden en straf*, Antwerpen, Maklu, 2008, pp. 46 à 72.

¹⁰⁹ J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements », op. cit., pp. 289 et 290.

¹¹⁰ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. I, p. 189 ; J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », op. cit., pp. 349 et s.

¹¹¹ Voy. Cass., 4 février 2009, R.G. n° P.08.1644.F, www.cass.be.

¹¹² P.-E. TROUSSE, « Les principes généraux du droit pénal positif belge », op. cit., n° 2427.

¹¹³ O. MICHELIS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », op. cit., p. 565.

II. Degrés

La faute peut présenter divers degrés : elle peut être « consciente » (ou « avec prévoyance ») ou « sans prévoyance » : « La faute consciente – qui doit être distinguée du dol éventuel [la distinction entre la faute consciente et le dol éventuel relevant toutefois de “l’acrobatie juridique”]¹¹⁴ – se matérialise par le fait que l’agent, qui tout en étant conscient du risque encouru, prend néanmoins le parti d’agir, comptant, à la légère, sur son adresse, ou pire encore sur le hasard, pour éviter les conséquences dommageables éventuelles de son action. La faute sans prévoyance, quant à elle, se caractérise par le fait que l’agent ne s’est pas rendu compte, en raison de sa négligence, de son comportement illicite ou qu’il s’est mépris sur les conséquences de son action alors qu’il aurait dû ou pu les prévoir »¹¹⁵.

Comme le relève A. Delannay¹¹⁶ : « Le dol éventuel ne se distingue de la faute avec prévoyance, la faute la plus proche du dol (*culpa dolo proxima*), que par l’élément d’acceptation du dommage collatéral survenu. En effet, dans les deux hypothèses, l’agent a prévu le mal qui pouvait résulter de son action, mais les deux états d’esprit diffèrent radicalement en ce que, dans la faute consciente ou avec prévoyance, l’auteur n’a pas accepté la survenance de ce mal : dans certains cas, il a compté de manière trop optimiste sur son adresse, quand ce n’est pas tout simplement sur le hasard ou la chance ».

Il est cependant malaisé, en pratique, de distinguer entre la faute consciente et le dol éventuel. Certains proposent d’appliquer la méthode suggérée par R. Frank pour déterminer si l’agent a agi avec dol ou par négligence, ce qui consiste à se poser la question suivante : « s’il résulte de l’instruction que l’agent était déterminé à agir comme il l’a fait, même dans le cas où il aurait eu la certitude que la conséquence se réaliserait, alors on doit affirmer qu’il y a dol, si l’on aboutit à la conclusion que, dans la certitude de la réalisation de la conséquence, il aurait omis d’agir, alors il faut rejeter l’existence du dol »¹¹⁷. Il s’agit ainsi de reconstituer, à partir des éléments du dossier, l’attitude que le prévenu aurait eue selon toute vraisemblance si, avant l’accomplissement de l’acte, il avait pu être averti de sa conséquence effective. S’il s’avère qu’il aurait néanmoins posé l’acte, le juge pourra en inférer un dol éventuel. En revanche, s’il apparaît qu’il aurait renoncé à poursuivre, seule une faute consciente pourra lui être reprochée.

La faute sans prévoyance, quant à elle, est celle commise par l’agent qui ne se rend pas compte du risque, mais aurait dû et pu s’en rendre compte¹¹⁸.

¹¹⁴ Ibid., p. 565.

¹¹⁵ O. MICHELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l’élément moral des infractions », *op. cit.*, p. 561.

¹¹⁶ A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », *op. cit.*, p. 121, n° 24.

¹¹⁷ J. VERHAEGEN, « Faute consciente ou intention coupable ? La ligne de partage », *J.T.*, 2001, p. 307.

¹¹⁸ Voy. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 326.

À nouveau, cette distinction n’entre pas en ligne de compte pour apprécier la culpabilité : la faute sans prévoyance suffit à constituer l’élément moral des infractions non intentionnelles.

III. Critères d’appréciation

La Cour de cassation¹¹⁹ enseigne que la faute s’apprécie *in abstracto*, au regard du comportement qu’adopterait une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances.

Ce faisant, quand bien même elle admet que le juge puisse, dans son appréciation, se référer au comportement qu’aurait dû avoir normalement une personne exerçant la même fonction et ayant la même qualification que celle dont la responsabilité est recherchée, la Cour de cassation se départit des écrits de J.-J. Haus, qui soutenait, quant à lui, que « l’appréciation de la faute et de ses divers degrés est une affaire purement individuelle que la loi abandonne à la conscience éclairée du juge qui, dans chaque cas particulier, doit prendre en considération l’âge, le sexe et les autres qualités personnelles du prévenu »¹²⁰.¹²¹ L’exposé des motifs du Code pénal enjoint, en effet, au juge d’apprécier la faute de manière *individualisée*, c’est-à-dire en fonction des qualités personnelles de l’individu (âge, sexe, profession, état de santé, capacités intellectuelles...) ¹²², en plus des circonstances de temps et de lieu. La volonté des auteurs du Code pénal était donc d’apprécier la faute pénale *in concreto*, et non de façon abstraite par référence au critère du « bon père de famille » placé dans les mêmes circonstances externes (de temps et de lieu).

C’est le principe de l’unité des fautes pénale et civile¹²³ qui conduit à apprécier la faute pénale de façon abstraite, selon le critère civiliste du bon père de famille¹²⁴, principe qui, comme on le verra, est remis en question de longue date, plusieurs propositions de loi tendant d’ailleurs à revenir à la dualité des fautes pénale et civile – « dogme qui [aussi louable qu’en soit l’objectif] va à l’encontre des thèses récentes relatives aux finalités différentes de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale »¹²⁵.

¹¹⁹ Voy. Cass., 5 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1030.

¹²⁰ J.-J. HAUS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, Bruylant, 1868, p. 240, n° 103.

¹²¹ À ce sujet, voy., notamment, F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, « La loi pénale », Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 472 et s. ; J. D’HAENENS, « L’incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 463 et 464 ; J. VERHAEGEN, « Le défaut de prévoyance – Synthèse d’un séminaire », *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 546 et s. ; Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *op. cit.*, pp. 149 et s.

¹²² J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », in J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1868, pp. 240 et 241.

¹²³ Voy. *infra*.

¹²⁴ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d’un principe général de responsabilité – Analyse de droit comparé*, *op. cit.*, p. 990.

¹²⁵ Rapport au XII^e congrès R.I.D.P. 1-2/1979, p. 75.

IV. L'hypothèse particulière des infractions réglementaires¹²⁶

Nous l'avons vu, il est des hypothèses – celles des infractions dites « réglementaires » –, dans lesquelles la faute se déduit de la seule circonstance que le fait a été matériellement commis par l'agent, à moins que celui-ci puisse se justifier¹²⁷. L'infraction réglementaire exigeant une faute, la responsabilité pénale de son auteur ne peut toutefois être retenue s'il s'avère que la commission de cette infraction s'est opérée dans des conditions telles que l'auteur n'a pas pu prévoir le dommage qui en est résulté¹²⁸.

Ainsi, dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 1994, l'Avocat général Leclercq indiquait que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale pour travailleurs salariés constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment. En l'espèce, le liquidateur d'une société, qui avait régulièrement souscrit et rentré les déclarations trimestrielles de sécurité sociale, mais avait systématiquement négligé de payer les cotisations qui s'y rapportaient, alors même que l'O.N.S.S. le pressait de régler lesdites cotisations et avait pris jugement pour en obtenir le paiement, se voyait réclamer à titre personnel sur la base de l'article 1382 du Code civil, dès lors que le concordat n'avait pas permis d'honorer la dette sociale résultant de la poursuite de l'activité, une indemnité équivalant aux cotisations, majorations et intérêts. L'O.N.S.S. soutenait que la faute de l'intéressé était établie par le seul fait du manquement portant sur les cotisations sociales, puisque l'abstention de payer lesdites cotisations est érigée en infraction par l'article 35, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juin 1969. La Cour d'appel de Liège avait estimé, néanmoins, « que tout comme le dirigeant d'une entreprise aux prises à des difficultés conjoncturelles, et auquel on ne pourra reprocher une faute dès l'instant où il a commis une erreur d'appréciation sur la décision à prendre, sur les chances de réussite de telle opération ou d'un plan de redressement de l'entreprise, le liquidateur a droit à une certaine indulgence en cas d'erreur de jugement, dès lors qu'il n'a pas manqué de diligence ou de prévoyance et que la ligne de conduite qu'il a suivie pouvait raisonnablement se justifier; que désigné par une décision judiciaire alors qu'il est tout à fait étranger à la société dont il ne connaît pas grand-chose, le liquidateur doit d'abord s'informer afin

de ne pas prendre d'initiative malheureuse; [...] que contrairement à la thèse défendue par [l'O.N.S.S.], la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire ne constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur que si cette transgression est commise librement et consciemment; que cette jurisprudence, finalement approuvée, considère donc qu'en cas d'infraction pénale, il n'y a pas nécessairement et automatiquement faute civile de l'auteur; que les considérations qui précèdent ont démontré que [le liquidateur] n'avait pas opté de façon irréflectie pour une solution dont il devait prévoir qu'elle laisserait définitivement impayées les nouvelles cotisations sociales résultant de la poursuite de l'activité; qu'il n'avait pas conscience que ces cotisations ne seraient jamais honorées et que les jugements de condamnation obtenus par [l'O.N.S.S.] ne devaient pas le conduire à arrêter immédiatement sa prospection, dès lors que des espoirs raisonnables existaient d'aboutir à un résultat favorable pour tous; que la décision qui se révèle être une erreur de jugement parce qu'elle n'a pas réussi indépendamment des efforts déployés n'est donc pas constitutive de faute ». En soulignant « qu'en cas d'infraction pénale, il n'y a pas nécessairement et automatiquement faute civile de l'auteur », la Cour d'appel affirmait implicitement que la réalisation de l'infraction n'exige pas nécessairement la présence d'une faute, ce qui contreviendrait évidemment au principe fondamental selon lequel toute infraction suppose un élément moral¹²⁹. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation balaya les considérations de la Cour d'appel, rappelant que, « sous réserve de l'existence d'une cause d'exonération de responsabilité, toute transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment (article 1382 du Code civil); que pour que cette dernière condition soit remplie, il faut et il suffit que l'auteur de la transgression ait conscience d'enfreindre la loi, sans qu'il faille rechercher, en outre, s'il a agi par imprudence, négligence ou imprévoyance, ni s'il devait raisonnablement prévoir les conséquences dommageables de cette transgression; que d'ailleurs l'article 35, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juin 1969 cité en tête du moyen érige notamment en infraction pénale instantanée l'omission de payer les cotisations dues dans le délai prescrit, ce qui implique qu'il importe peu pour déterminer si l'auteur de l'infraction a transgressé librement et consciemment la loi, qu'il ait cru qu'il pourrait ultérieurement payer la dette de cotisations; qu'en l'espèce, l'arrêt a, comme il vient d'être vu, admis que le défendeur s'était abstenu de payer les cotisations résultant de la poursuite de l'activité de la société, sans ignorer que cette abstention constituait une infraction à la loi; qu'il s'ensuit qu'il ne pouvait légalement décider que le défendeur n'a pas commis de faute engageant sa responsabilité mais seulement « une erreur d'appréciation » et considérer que le défendeur n'aurait « pas librement et consciemment » transgressé l'obligation légale qu'il avait de verser

¹²⁶ Voy. *supra*.

¹²⁷ Voy. J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contravention aux règlements », *op. cit.*, p. 289; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.*, p. 441; C. SEVRIN, « Du nouveau dans la matière de l'élément moral ? », obs. sous Cass., 19 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 51; Cass., 3 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 616; J.T., 1995, p. 26; *Pas.*, 1994, p. 788 et concl. J. LECLERCQ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, *op. cit.*, p. 306; Cass., 31 janvier 1989, *Pas.*, 1989, p. 577; Cass., 6 octobre 1982, *Pas.*, 1982, p. 193; Cass., 8 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1863.

¹²⁸ O. MICHELIS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », *op. cit.*, p. 564.

¹²⁹ Voy. *supra*.

à leur échéance les cotisations sociales dues au motif qu'en poursuivant l'activité de la société Anciens Établissement T..., il a raisonnablement "espéré" pouvoir vendre l'actif social à un meilleur prix et qu'il n'a pas eu ni devait avoir conscience malgré les jugements de condamnation pris contre lui, que ces cotisations "ne seraient jamais honorées" (violation de l'ensemble des dispositions légales citées en tête du moyen, et plus particulièrement des articles 1382 et 1383 du Code civil) ».

Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'élément moral de l'infraction réglementaire résulte à suffisance de la violation de la loi elle-même¹³⁰ et de son imputabilité au prévenu, celui-ci ne pouvant échapper à sa responsabilité pénale qu'en démontrant l'existence d'une cause de justification, ou, du moins, en invoquant pareille circonstance pourvu qu'elle ne soit pas dépourvue de toute crédibilité¹³¹. Suivant cette jurisprudence, « [l]a faute consiste en la méconnaissance de la loi pénale dont l'agent ne peut concrètement se justifier »¹³². Comme le relève F. Kury, « les cours et tribunaux déduisent légalement l'existence d'une faute dans le chef du prévenu lorsqu'ils constatent, à défaut de l'invocation par ce dernier d'une cause de justification, qu'il a commis le fait matériel incriminé par la loi pénale. Il suffit que, doué du discernement et du libre arbitre, c'est-à-dire ayant agi librement et consciemment, il ne se soit pas conformé à la loi et ne puisse davantage justifier son comportement ».

La Cour de cassation s'est déjà référée, à cet égard, à une « présomption de faute » pour considérer que l'élément moral se déduit de la seule survenance matérielle du comportement infractionnel. Elle énonce ainsi que « la loi déduit de la matérialité du fait la présomption de la faute du prévenu »¹³³.

Il importe toutefois, nous l'avons rappelé, que les présomptions de responsabilité instituées dans certaines matières dites « réglementaires » soient réfragables.

¹³⁰ Cass., 8 avril 2008, R.G. n° P08.0006.N., www.cass.be; Cass., 12 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1715; Cass., 20 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 664; Cass., 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788, concl. conformes Av. gén. J.-F. LECLERCQ; Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682; Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178.

¹³¹ Voy. Cass., 8 avril 2008, R.G. n° P08.0006.N., www.cass.be (« Het bestaan van dit morele bestanddeel kan worden afgeleid uit het louter materiële gepleegde feit en de vaststelling dat dit feit kan worden toegerekend aan de beklaagde, met dien verstande dat de dader vrijuitgaat wanneer overmacht, onoverwinnelijke dwaling of een andere schuldloosheidsgrond wordt aangetoond, minstens niet ongelooftwaardig is »).

¹³² F. KURY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 224.

¹³³ Cass., 30 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 241; Cass., 20 septembre 1954, *Pas.*, 1955, I, p. 19, J.T., 1955, p. 37, obs. R. LEGROS; Cass., 6 mars 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 207.

Sous-section 3

Le concours du dol et de la faute : les infractions *praeter-intentionnelles*

L'infraction *praeter-intentionnelle* est celle dont l'élément moral comporte à la fois le dol et la faute. Elle est caractérisée par le concours entre un dol pour le fait principal et une faute s'agissant de la conséquence ni acceptée ni voulue de ce comportement volontaire¹³⁴.

L'article 401 du Code pénal en constitue une illustration. Il dispose que, « lorsque les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant causée, le coupable sera puni de la réclusion de 5 à 10 ans »¹³⁵.

Dans les travaux préparatoires du Code pénal, l'article 401 ne trouvait à s'appliquer que lorsque le prévenu avait effectivement prévu la conséquence mortelle au moment où les coups volontaires ont été portés¹³⁶. L'élément moral portant sur la conséquence du fait principal était ainsi une faute avec prévoyance. La jurisprudence s'est toutefois très vite écartée de cette volonté des auteurs du Code pénal, en déclarant l'infraction *praeter-intentionnelle* établie même lorsque la conséquence mortelle n'avait pas été prévue, mais était, à tout le moins, prévisible¹³⁷. Cependant, si la conséquence des coups était prévisible, mais non prévue, le juge aurait dû retenir non pas l'article 401 du Code pénal, mais un concours idéal entre les coups portés ou les blessures faites volontairement et l'homicide involontaire¹³⁸. O. Michiels¹³⁹ souligne que, s'agissant de l'infraction *praeter-intentionnelle*, « l'auteur n'accepte pas certaines conséquences prévues de son comportement (tel l'homicide), alors que [dans l'hypothèse d'un dol éventuel], l'auteur a agi en acceptant les "effets collatéraux" de l'infraction intentionnelle pour l'éventualité où ces derniers se produiraient ; partant, il en assume le risque et il pourrait alors être poursuivi, voire condamné du chef de meurtre »¹⁴⁰.

Le principe de culpabilité personnelle est davantage malmené par la jurisprudence lorsqu'elle considère que l'infraction *praeter-intentionnelle* est établie

¹³⁴ A. DELANAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *op. cit.*, p. 306; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 279.

¹³⁵ Pour d'autres exemples, voy. les articles 376, 402 à 404 et 421 C. pén. Sur l'article 421 C. pén., voy. Corr. Bruxelles (20^e ch.), 15 novembre 1963, *Rev. dr. pén.*, 1963-1964, p. 782.

¹³⁶ J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », in J.-S.-G. NYPÉLS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, t. III, p. 219, n° 41.

¹³⁷ Corr. Mons, 8 avril 1965, *Pas.*, 1966, II, p. 139; Corr. Verviers, 27 février 2008, J.T., 2008, p. 490, note O. MICHELIS, « Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol *praeter-intentionnel* quand il y a mort d'homme ».

¹³⁸ J. VERHAEGEN, « L'imputabilité pénale des conséquences non voulues du fait délictueux », in *Libero amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, pp. 135 à 138.

¹³⁹ O. MICHELIS, « Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol *praeter-intentionnel* quand il y a mort d'homme », note sous Corr. Verviers, 27 février 2008, J.T., 2008, p. 493.

¹⁴⁰ *Ibid.*

alors que la conséquence mortelle des coups était imprévisible (c'est-à-dire exempté de toute faute). La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 2008, a exclu le critère de prévisibilité du dommage pour le délit de coups et blessures volontaires ayant entraîné une incapacité permanente de travail¹⁴¹. Dans une telle hypothèse, le prévenu n'aurait pourtant dû être reconnu coupable que des coups et blessures volontaires¹⁴². Nous rejoignons Christiane Hennau et Jacques Verhaegen lorsqu'ils écrivent que « cette imputabilité de conséquences imprévisibles s'explique peut-être par le souci des juges de sauvegarder les intérêts civils des victimes, elle n'en reste pas moins contraire aux principes généraux du droit pénal comme à la volonté expresse du législateur belge »¹⁴³.

Section 3

Les moyens de défense fondés sur l'élément moral (ou les « causes de non-imputabilité morale »)

Sous-section 1

Le discernement et le libre arbitre

La responsabilité pénale suppose non seulement une faute, mais également la capacité de comprendre et de vouloir, soit le discernement et le libre arbitre de l'agent¹⁴⁴ : « L'acte interdit ou l'abstention coupable doivent toujours être l'expression d'une activité consciente, libre et fautive de l'agent. [...] Le prévenu dépourvu de discernement ou de libre arbitre ne peut dès lors être déclaré pénalement responsable d'une infraction, qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, qu'elle soit ou non intentionnelle »¹⁴⁵. Selon F. Kutry, la considération selon laquelle l'absence de discernement empêche la responsabilité pénale et fait, dès lors, obstacle à l'application d'une peine, pourrait être érigée en principe général du droit¹⁴⁶.

¹⁴¹ Voy. Cass. (2^e ch.), 22 octobre 2008, J.T., 2009, p. 575 : « Dès l'instant où des coups ont été volontairement portés, leur auteur est tenu des conséquences qui en sont résultées. Pour que l'infraction à l'article 400 du Code pénal soit réalisée, il n'est pas nécessaire que l'agent ait prévu ou pu prévoir le résultat concret des violences volontaires dont il s'est rendu coupable. »

¹⁴² Sur la question de la prévisibilité du dommage, voy. O. MICHIELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », *op. cit.*, pp. 561 et s.

¹⁴³ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 351 ; O. MICHIELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », *op. cit.*, pp. 363 et 364.

¹⁴⁴ Voy. Cass., 19 octobre 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 346 ; Cass., 19 mai 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 352 ; Cass., 5 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 127 ; Cass., 15 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1192 ; Cass., 13 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 412 ; Cass., 22 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2452 ; A. DE NAUW et F. KUTRY, « Examen de jurisprudence (2000 à 2007) », *op. cit.*, p. 315 ; F. KUTRY, « L'élément moral de l'infraction dans le Code pénal de 1810 », J.T., 2010, p. 659 ; J.-E. BOITARD, *Leçons de droit criminel*, Paris, Thorel, 1837, p. 318 ; J.-A. ROUX, *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1920, n° 104 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^e éd., Paris, Sirey, t. I, 1912, n° 288 ; Cass., 19 mai 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 352.

¹⁴⁵ F. KUTRY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, « L'infraction pénale », *op. cit.*, p. 216.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 219.

La Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁷ a consacré ce principe dans le cadre de l'interprétation de l'article 7 de la Convention, considérant que, même si cela n'était pas mentionné expressément dans le texte de cette disposition, la logique de la peine et la notion de culpabilité exigent, pour punir, un « lien moral » entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur : « En ce qui concerne la Convention, l'article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur. Cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de "guilty" (dans la version anglaise) et la notion correspondante de "personne coupable" (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction. À défaut, la peine ne serait pas justifiée. Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme "coupable" et la "punir" alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime ».

Le discernement et le libre arbitre sont « présumés jusqu'à justification »¹⁴⁸ : « La jouissance [des facultés volitives et intellectuelles], qui fonde la responsabilité pénale, est réputée constante tant qu'aucun élément sérieux permettant de penser que l'agent souffrait, lors de la commission de l'infraction, d'une déficience de ses capacités de discernement ou de son libre arbitre n'a été avancé ou n'est apparu »¹⁴⁹. Ce n'est ainsi que lorsque le prévenu invoque avec succès une cause de non-imputabilité morale que sa responsabilité pénale peut être écartée. À noter que, « du fait de la présomption d'innocence [...] la personne poursuivie n'est pas tenue d'apporter la preuve irréfutable de la cause de justification dont elle entend bénéficier même si, à l'origine, la Cour de cassation exigeait d'elle qu'elle l'établisse. Lorsqu'elle invoque une telle cause exclusive de responsabilité pénale, que son allégation est suffisamment précise et ne manque pas de vraisemblance, c'est-à-dire qu'elle n'est pas dépourvue de tout élément de nature à lui accorder crédit, il appartient au ministère public, à la partie poursuivante ou à la partie civile d'en prouver l'inexactitude »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., *Sud Fondi s.r.l. et crts c. Italie*, 20 janvier 2009, § 116.

¹⁴⁸ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Presses du Moniteur belge, 1985, p. 12.

¹⁴⁹ F. KUTRY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, « L'infraction pénale », *op. cit.*, p. 221.

¹⁵⁰ A. DE NAUW et F. KUTRY, « Examen de jurisprudence (2000 à 2007) », *op. cit.*, pp. 327 et 328.

Sous-section 2

Les causes de non-imputabilité morale

Les causes de non-imputabilité morale comprennent la démence, la minorité d'âge, la contrainte irrésistible et l'erreur invincible.

F. Tulkens et M. van de Kerchove relèvent que « les différentes causes de non-imputabilité peuvent être elles-mêmes regroupées en deux catégories : les premières ont trait, de manière radicale, à la capacité de l'agent à développer de manière permanente une activité consciente et volontaire, à ses facultés volitives et intellectuelles, à son degré général de discernement ; les secondes ont trait à l'exercice momentané de ces facultés chez une personne qui possède par hypothèse une telle capacité »¹⁵¹. Les causes de non-imputabilité morale sont ainsi de deux types : elles concernent soit la capacité pénale, c'est-à-dire la jouissance et le contrôle des facultés mentales, autrement dit la capacité cognitive (de discernement) et volitive (de contrôle de ses actes), soit l'exercice momentané des facultés mentales.

Leur effet est de rendre l'acte non imputable moralement à l'auteur, ce qui entraîne son acquittement, sans cependant ôter à l'acte son illicéité. Cette nuance est importante et explique qu'il est moins approprié d'utiliser l'appellation « cause de justification subjective ou personnelle » pour y faire référence. L'utilisation de cette terminologie, que l'on retrouve parfois dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵², s'explique sans doute par la maladresse du législateur d'avoir placé l'article 71 du Code pénal qui concerne la contrainte et la démence dans le chapitre VII du Livre I^{er} du Code, intitulé « Des causes de justification et d'excuse ».

I. La démence (ou les troubles mentaux)

L'article 71 du Code pénal règle le sort du délinquant se trouvant en état de démence au moment des faits. Il dispose qu'« [i]l n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait ».

L'expression « il n'y a pas d'infraction » est malheureuse, car elle pourrait laisser penser, à tort, que la démence fait disparaître l'infraction, effet propre aux causes de justification objective, alors qu'il s'agit ici d'une cause de non-imputabilité morale qui a pour effet d'empêcher que la responsabilité pénale du dément soit établie et, donc, de prononcer une peine à son égard¹⁵³.

¹⁵¹ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 403.

¹⁵² Voy. Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 42 ; Cass., 13 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 436.

¹⁵³ Voy. F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 407 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 309 et 310 ; D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, la

La démence relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, qui peut, le cas échéant, recourir à une expertise mentale, l'avis de l'expert ne liant cependant pas le juge¹⁵⁴. Elle doit exister au moment des faits et être grave au point de faire perdre à l'agent le contrôle de ses actes¹⁵⁵.

Les cours et tribunaux appliquent l'article 71 du Code pénal non seulement à l'état de démence permanent, mais aussi aux situations des troubles momentanés du discernement (coma, épilepsie, crise cardiaque...), pour autant que cet état soit imprévisible et ne puisse résulter de la volonté ou de la faute de l'agent. L'état d'ivresse ou d'intoxication alcoolique volontairement provoqué ne bénéficie donc pas à l'agent¹⁵⁶. Certains relèvent toutefois que la personne qui s'est placée, par ignorance fautive, dans un état de trouble de discernement ne devrait se voir reprocher qu'une infraction d'imprudence, du moins si celle-ci est prévue par la loi, la non-imputabilité morale devant lui être accordée si l'infraction est intentionnelle¹⁵⁷.

La loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1^{er} juillet 1964, a étendu aux malades mentaux la cause de non-imputabilité morale fondée sur l'article 71 du Code pénal¹⁵⁸. Cette loi prévoit, en son article 7, que les personnes qui ont commis un fait qualifié crime ou délit et qui sont, soit en état de démence, soit dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale les rendant incapables du contrôle de leurs actions, peuvent être internées.

Selon l'article 71 du Code pénal, la démence doit exister au moment du fait. En revanche, la loi de défense sociale tient compte de l'état mental au moment de la décision judiciaire.

La loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, non encore entrée en vigueur¹⁵⁹, est appelée à remplacer la loi de défense sociale. Son article 123 a vocation à remplacer l'article 71 du Code pénal par la disposition suivante : « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou

Charte, 2009, p. 142 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, op. cit., pp. 270 à 273 et pp. 473 à 478.

¹⁵⁴ Voy. Cass., 15 septembre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 523 ; Cass., 22 juillet 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 425.

¹⁵⁵ Voy. Corr. Nivelles, 18 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1412, note N. BLAISE, « La suspension probatoire au secours des personnes atteintes d'un déséquilibre mental... assez grave ».

¹⁵⁶ Voy. Cass., 22 mars 1989, *Pas.*, I, p. 764 ; Cass., 5 mai 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 313.

¹⁵⁷ Voy. Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 287 et 288.

¹⁵⁸ Il n'a toutefois pas fallu attendre l'adoption de la loi de défense sociale du 9 avril 1930 pour que la notion de « démence » figurant à l'article 71 C. pén. reçoive une interprétation large, couvrant les états graves de perturbation mentale, quelle qu'en soit la cause (N. COLETTE-BASECQZ, « Quel devenir pour les malades mentaux "délinquants" ? », in *Liber amicorum A. De Nauw*, Bruges, la Charte, 2011, p. 99).

¹⁵⁹ Conformément à l'article 157 de la loi du 21 avril 2007, l'entrée en vigueur devait avoir lieu au plus tard le premier jour du dix-huitième mois qui suit le mois de juillet 2007 (soit le 1^{er} janvier 2009). Les lois des 24 juillet 2008 et 28 décembre 2011 portant des dispositions diverses avaient déjà postposé l'entrée en vigueur de la loi relative à l'internement. Plus récemment encore, la loi du 31 décembre 2012, en son article 31 (M.8, 31 décembre 2012), a reporté l'entrée au vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2015.

le prévenu était atteint au moment des faits d'un trouble mental qui a aboli ou altéré gravement sa capacité de discernement ou le contrôle de ses actes ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

II. La minorité d'âge

Notre système pénal se caractérise par une présomption d'irresponsabilité pénale pour les mineurs au moment des faits.

L'article 100ter du Code pénal précise que la notion de mineur désigne la personne n'ayant pas encore atteint l'âge de 18 ans. Cet âge, qui correspond d'ailleurs à la majorité civile, est aussi celui retenu par la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait¹⁶⁰.

Le mineur délinquant relève du tribunal de la jeunesse, qui peut prononcer à son encontre non pas une peine mais des mesures de garde, de préservation et d'éducation¹⁶¹.

III. La contrainte¹⁶²

La contrainte est visée à l'article 71 du Code pénal, qui prévoit qu'« [i]l n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu [...] a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ».

Elle se définit comme un événement irrésistible, extérieur à l'agent, que celui-ci n'a pu ni conjurer ni prévoir, qui place celui-ci dans l'impossibilité absolue de respecter le prescrit légal.

Pour être constitutive d'une cause de non-imputabilité morale, la contrainte doit ainsi réunir trois conditions cumulatives : être irrésistible (au regard des capacités de résistance personnelles du prévenu¹⁶³), entraîner l'annihilation totale des facultés mentales¹⁶⁴ et être extérieure au prévenu¹⁶⁵.

Selon la Cour de cassation, « [l]a contrainte morale visée à l'article 71 du Code pénal suppose non seulement que la volonté de l'agent ait été amoindrie par

¹⁶⁰ Cette loi a été modifiée par la loi du 15 mai 2006 (M.B., 17 juillet 2006) et la loi du 13 juin 2006 (M.B., 19 juillet 2006).

¹⁶¹ Le tribunal de la jeunesse a toutefois la possibilité de se dessaisir moyennant la réunion de plusieurs conditions (voy. l'art. 57bis de la loi du 8 avril 1965).

¹⁶² Voy. P. DHAERYER, « La force majeure en droit pénal », in I. BOUIOULIEV (coord.), *La force majeure. État des lieux*, Limal, Anchemis, 2013, pp. 213 et s. En droit pénal social, voy. la jurisprudence citée in Ch.-É. CLESSE, *Droit pénal social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 477 et s.; F. KÉFER, *Précis de droit pénal social*, op. cit., pp. 79 et s.

¹⁶³ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 304.

¹⁶⁴ Voy. Cass., 31 octobre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1920; Cass., 17 novembre 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 330; Cass., 27 décembre 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 284.

¹⁶⁵ Voy. Cass., 21 septembre 1931, *Pas.*, 1931, p. 229; Cass., 15 mars 1994, R.G. n° 6934, *www.cass.be*; Cass., 19 novembre 2002, R.G. n° P.01.1502.N, *www.cass.be*.

une force extérieure à laquelle il n'a pu résister, mais encore que son libre arbitre ait été de ce fait annihilé¹⁶⁶.

La contrainte peut être morale ou physique : la contrainte physique place l'agent dans l'impossibilité matérielle d'éviter la commission de l'infraction (pneu crevé, malaise au volant, obstacle imprévisible sur la route...); la contrainte morale est la force psychologique, créée par un péril grave et imminent ou par la menace dirigée contre l'agent ou l'un de ses proches, qui le pousse irrésistiblement à commettre l'infraction.

La contrainte morale ne consiste pas nécessairement en un événement soudain et unique; elle peut, au contraire, résider dans une accumulation d'événements¹⁶⁷. Ainsi en va-t-il, par exemple, d'une peur et d'une angoisse permanentes. Dans un arrêt du 23 décembre 2005¹⁶⁸, la Cour d'appel de Bruxelles a acquitté un prévenu poursuivi du chef de coups et blessures volontaires ayant provoqué la mort sans intention de la donner, par application de l'article 71 du Code pénal. Elle s'est fondée sur les éléments suivants : le prévenu et sa compagne vivaient dans la peur et l'angoisse depuis de nombreux mois à la suite des agissements de la victime; le prévenu tenta de trouver, en vain, une solution en déposant de multiples plaintes contre la victime; craignant pour son intégrité physique et celle de sa compagne, le prévenu acheta un couteau pour intimider son agresseur et, le cas échéant, se défendre; l'exhibition du couteau n'eut pas l'effet d'intimidation escompté, dans la mesure où la victime s'avança à nouveau menaçante vers le prévenu; le prévenu se trouva confronté à une réalité insupportable : rien ni personne ne pouvait empêcher la victime de gravement les agresser, lui et sa compagne; il peut être admis que, devant une telle situation, le prévenu fut l'objet d'une contrainte telle que la résistance à commettre l'acte qui lui est reproché en devenait absolument impossible.

S'agissant de la contrainte physique, la doctrine relève, à l'inverse, qu'un malaise graduel ne peut être constitutif de force majeure, l'agent ayant, dans ce cas, la possibilité, dès les premiers symptômes, d'agir de telle sorte que l'infraction ne soit pas commise¹⁶⁹.

IV. L'erreur invincible¹⁷⁰

L'erreur invincible, c'est-à-dire non fautive, est celle qu'aurait commise le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu¹⁷¹.

¹⁶⁶ Cass., 16 février 2011, R.G. n° P.10.1644, *www.cass.be*.

¹⁶⁷ Voy. P. DHAERYER, « La force majeure en droit pénal », op. cit., p. 216.

¹⁶⁸ Voy. Bruxelles, 23 décembre 2005, R.G. n° 63.W.2005, *www.cass.be*.

¹⁶⁹ Voy. P. DHAERYER, « La force majeure en droit pénal », op. cit., pp. 215 et 216.

¹⁷⁰ En droit pénal social, voy. la jurisprudence citée in Ch.-É. CLESSE, *Droit pénal social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 485 et s.; F. KÉFER, *Précis de droit pénal social*, op. cit., pp. 84 et s.

¹⁷¹ Voy. Cass., 14 janvier 1987, *Pas.*, I, 1987, p. 562; Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, I, 1996, p. 697; Cass., 29 avril 1998, *Bull.*, p. 509.

L'erreur a trait à l'exercice de la faculté de l'agent de connaître la portée exacte de ses actes, de façon momentanée. La volonté de l'agent n'est pas entravée, mais bien le caractère conscient de l'acte posé.

Il peut s'agir d'une erreur de droit ou de fait : elle est de droit si elle porte sur l'existence ou la portée de l'élément légal¹⁷² ; elle est de fait si elle porte sur l'une ou l'autre circonstance de fait¹⁷³.

Qu'elle soit de fait ou de droit, elle entraîne toujours l'acquiescement, puisqu'elle est non fautive.

L'erreur résultant d'une faute de l'agent n'est, quant à elle, pas admise comme cause de non-imputabilité morale¹⁷⁴, même lorsque l'infraction est de nature intentionnelle ; la simple bonne foi ne suffit pas¹⁷⁵. Cette solution est cependant critiquable¹⁷⁶, dans la mesure où, l'erreur fautive impliquant que l'agent n'a pas agi avec intention, sa culpabilité ne devrait être retenue que lorsque le comportement résultant de l'erreur est incriminé à titre d'infraction d'imprudence.

En droit pénal social, Ch.-É. Clesse fait observer que les décisions ayant reconnu l'existence d'une erreur invincible sont d'une extrême rareté¹⁷⁷, alors qu'il s'agit d'une réglementation pléthorique et particulièrement complexe et changeante. Face à ce constat, et « vu la désuétude de l'adage *nemo censetur ignorare legem* », l'auteur relève que l'erreur de droit pourrait, dans certaines hypothèses, être plus fréquemment soulevée devant les cours et tribunaux¹⁷⁸.

L'éparpillement des sources (lois, arrêtés d'exécution, conventions collectives...) ainsi que le manque de lisibilité de ses dispositions sont autant d'occasions d'erreurs et d'insécurité juridique pour le citoyen, et les nombreuses modifications législatives qui surviennent à intervalles réguliers dans les matières réglementaires, dont la complexité est indéniable, se concilient de plus en plus difficilement avec l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi »¹⁷⁹.

¹⁷² Voy. Cass., 10 juillet 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 293 ; Cass., 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 506 ; Bruxelles, 30 juin 1983, *J.T.*, 1983, p. 522 ; Gand, 28 mars 1923, *Pas.*, 1923, II, p. 1944 ; Corr. Namur, 31 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1803 ; Corr. Charleroi, 27 juin 1974, *J.T.*, 1975, p. 28 ; Corr. Charleroi, 25 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1167 ; S. BRAHY, « De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal », p. 350 ; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, n° 497 et s.

¹⁷³ Voy. S. BRAHY, « De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal », *op. cit.*, p. 339.

¹⁷⁴ Voy. Cass., 27 mars 1990, *Pas.*, I, p. 878.

¹⁷⁵ Voy. Cass., 24 mars 1998, *Pas.*, I, p. 164.

¹⁷⁶ Voy. Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 219 et s.

¹⁷⁷ Ch.-É. CLESSE, « L'erreur ou l'ignorance invincible en droit pénal social », note sous C. trav. Liège (sect. Namur), 6 août 2009, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 60.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ N. COLETTE-BASECQZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », *op. cit.*, p. 184. Voy. aussi F. KÉFER, « Un jour, peut-être un Code pénal social... », in Ch.-É. CLESSE, *Droit pénal social : actualités et perspectives*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 17 ; M.-A. BEERNAERT, M. DE RUE et I. WATTIER, « L'accessibilité et l'intelligibilité du

Par ailleurs, eu égard à la possible sévérité des sanctions pénales susceptibles de frapper les contrevenants, il paraît opportun que l'erreur invincible soit appréciée de manière plus individualisée que le simple recours au critère de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances : à l'instar de la contrainte visée à l'article 71 du Code pénal, il devrait être possible d'apprécier le comportement fautif de l'agent selon des critères concrets intégrant non seulement les circonstances extérieures de l'espèce, mais aussi la personnalité de l'agent¹⁸⁰.

Si l'on conçoit aisément que la complexité du droit ne puisse à elle seule exonérer de sa responsabilité pénale celui qui, ignorant les changements législatifs intervenus, aurait continué à agir « comme par le passé »¹⁸¹, il devrait toutefois être possible d'admettre le caractère invincible de l'ignorance du prévenu qui n'a pas été informé des nouvelles obligations légales et, en toute bonne foi, s'est fié aux indications données par les autorités compétentes¹⁸². En ce sens, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 28 mars 2012¹⁸³, admis l'erreur invincible de droit consistant en la conviction d'agir légalement conformément à l'autorisation délivrée par l'autorité compétente et qui paraît régulière alors qu'elle ne l'est pas.

Section 4

Analyse de questions particulières au regard du principe de culpabilité personnelle

Sous-section 1

L'unité des fautes pénale et civile

La théorie de l'unité des fautes pénale et civile concerne la faute (ou l'imprévoyance coupable) en tant qu'élément moral des infractions non intentionnelles. La faute civile, quant à elle, peut se définir comme tout manquement à une norme de conduite qui a sa source soit dans la loi ou les règlements, soit dans une série de règles de vie sociale ou de morale, non formulées dans des textes législatifs¹⁸⁴.

droit contemporain en matière pénale : une gageure ? », in *Liber amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, la Chartre, 2009, pp. 18 et s. ; Ch. PÉVÉ et C. SEVRIN, « Du nouveau dans la matière de l'élément moral ? » note sous Cass., 19 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 49 et 50.

¹⁸⁰ N. COLETTE-BASECQZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », *op. cit.*, p. 184. Voy. aussi N. COLETTE-BASECQZ et N. DENIES, « Droit de l'environnement et droit économique et social : réflexions sur l'élément moral dans les lois et règlements particuliers », *op. cit.*, p. 507.

¹⁸¹ C. trav. Liège, 20 mai 2005, *J.T.*, 2006, p. 187 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 6 août 2009, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 55, note Ch.-É. CLESSE, « L'erreur ou l'ignorance invincible en droit pénal social ».

¹⁸² N. COLETTE-BASECQZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », *op. cit.*, p. 184.

¹⁸³ Cass., 28 mars 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 711. Dans le même sens, voy. Cass., 29 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 219.

¹⁸⁴ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, partie préliminaire I, liv. 2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 63.

C'est depuis un arrêt de 1877 de la Cour de cassation¹⁸⁵ que les cours et tribunaux appliquent de façon constante la théorie de l'unité des fautes pénale et civile. Selon cette théorie, la faute pénale, au sens des articles 418 à 420 du Code pénal (un défaut de précaution ou de prévoyance), correspond à la faute civile, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil (négligence ou imprudence)¹⁸⁶. Il est ainsi considéré, par la jurisprudence, que toute faute qui a pour résultat involontaire un homicide ou des lésions corporelles est érigée en délit par les articles 418 et 420 du Code pénal¹⁸⁷.

En assimilant les fautes pénale et civile, le juge est amené à apprécier la faute, en droit pénal, selon le critère utilisé en droit civil, à savoir le standard abstrait de la personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de temps et de lieu¹⁸⁸. Par ailleurs, notons que, dans cette appréciation abstraite, les règles de l'art propres à la profession de l'auteur¹⁸⁹ sont également prises en compte. Ch. Hennau et G. Schamps notent que, si « l'aptitude à faire face à une situation complexe, l'importance du vécu professionnel, le degré de spécialisation, la formation, l'expérience, l'habitude, les avertissements, la qualité de la victime sont en général pris en considération et relèvent des caractères subjectifs propres à l'agent [...] pareil examen aura néanmoins souvent pour résultat d'augmenter le degré de prudence et d'attention qui peut être attendu du prévenu »¹⁹⁰. En effet, une appréciation tenant compte du degré de spécialisation de l'auteur des faits permettra de retenir plus facilement une faute dans le chef de celui-ci. En revanche, le juge n'aura pas égard à d'autres critères personnels qui, quant à eux, seraient susceptibles de l'amener à une moins grande sévérité dans l'appréciation de la faute.

¹⁸⁵ Cass., 1^{er} février 1877, *Pas.*, 1877, I, p. 92, avec les cond. Av. gén. M. CLOQUETTE; Cass., 17 juillet 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 275. Voy. également, Cass., 5 octobre 1893, *Pas.*, 1893, I, p. 321, avec les cond. Av. gén. M. DE TER KIELE.

¹⁸⁶ H.-D. BOSLY et Ch. DE VALKENIER, « Les homicides et lésions corporelles non intentionnels », in *Les infractions*, vol. 2 « Les infractions contre les personnes », Bruxelles, Larcier, 2010, p. 491; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 278; P.-H. DELVAUX et G. SCHAMPS, « Les enjeux d'une dissociation des fautes pénale et civile », *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 239; R.P.D.B., v^o « Chose jugée », op. cit., n^o 193. Voy. également, Cass., 19 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 733; Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n^o 809, p. 1553.

¹⁸⁷ Cass., 17 juillet 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 275.

¹⁸⁸ G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, op. cit., p. 990: « La tendance à objectiver la faute civile rend la situation pénible. En effet, sous l'influence de la doctrine, la faute est définie comme la violation d'une obligation préexistante correspondant à deux normes de conduite. L'une est insérée dans une loi, un règlement ou un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne. Elle peut imposer de façon précise un comportement bien déterminé ou, au contraire, édicter de manière générale une obligation de prudence. L'autre n'est pas préétablie et se confond notamment avec les règles de la vie sociale comprenant une grande variété d'obligations indéterminées, qualifiées de diligence ou de prudence. Par ailleurs, le respect de la première ne dispense pas de la seconde. »

¹⁸⁹ H.-D. BOSLY et Ch. DE VALKENIER, « Les homicides et lésions corporelles non intentionnels », op. cit., p. 492.

¹⁹⁰ Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », op. cit., pp. 195 et 196.

De la même manière, s'agissant des infractions à résultat, le lien causal, au pénal, est apprécié par référence à la théorie civiliste de l'équivalence des conditions (ou « causalité sine qua non »), en lieu et place de la théorie de la causalité adéquate (nécessitant de vérifier si le comportement fautif était, en outre, de nature à engendrer le dommage, « dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie »¹⁹¹).

Si cette appréciation peut trouver une justification dans l'objectif indemnitaire du droit de la responsabilité civile¹⁹², elle pose toutefois problème pour la responsabilité pénale, dont l'objectif principal est la répression des infractions. Comme le soulignent E. Montero et B. Goffaux, « [à] la différence de son homologue civil, le juge répressif doit s'assurer, afin de caractériser l'élément moral de l'infraction, que le prévenu avait réellement les capacités psychologiques pour prévoir et prévenir le fait infractionnel et les éventuelles conséquences dommageables »¹⁹³.

Il convient de rappeler que l'exposé des motifs du Code pénal prévoyait une appréciation individualisée de la faute, prenant en compte toutes les qualités personnelles de l'individu (âge, sexe, profession, état de santé, capacités intellectuelles...) ¹⁹⁴, en plus des circonstances externes de temps et de lieu. Ce n'est donc pas, selon le vœu du législateur, *in abstracto*, mais bien *in concreto*, que la faute devrait être appréciée au pénal¹⁹⁵.

Les raisons de l'assimilation du défaut de prévoyance et de précaution de l'article 418 du Code pénal à la négligence ou l'imprudence visées à l'article 1383 du Code civil¹⁹⁶ découlent du principe même de l'autorité de la chose jugée

¹⁹¹ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 165.

¹⁹² E. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extra-contractuelle », *For. ass.*, 2014, p. 9.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁹⁴ Voy. *supra*.

¹⁹⁵ H.-D. BOSLY et Ch. DE VALKENIER, « Les homicides et lésions corporelles non intentionnels », op. cit., p. 492; O. MICHELIS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », op. cit., p. 563; N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Les critères d'appréciation de la faute de médecins et du lien causal avec le dommage dans le cadre de poursuites pénales du chef d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique », note sous Bruxelles (1^{er} ch.), 24 mars 1999, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 310.

¹⁹⁶ En ce qui concerne plus particulièrement l'article 418 C. pén. (coups et blessures involontaires), on remarque qu'animés par le même souci de favoriser l'indemnisation des victimes, les cours et tribunaux ont tendance à déduire la culpabilité de l'agent poursuivi du chef de lésions corporelles involontaires de la simple transgression matérielle des dispositions réglementaires du Code de la route (Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 357). Cette situation crée une véritable malaise, car il apparaît choquant et dépourvu de signification, au regard de l'objectif de prévention de la responsabilité pénale, de sanctionner pénalement la personne qui, bien qu'elle n'ait pas respecté un règlement, n'ait pas en mesure de prévoir le dommage qui pouvait en résulter (p. ex., la mort d'un usager). L'exigence de prévisibilité du dommage pour les infractions à résultat, érigée en principe général de droit pénal, fait obstacle à ce que le défaut de prévoyance soit retenu ipso facto pour tout dommage corporel causé par une simple transgression matérielle d'un règlement (G. SCHAMPS, « Le relâchement des liens entre les

du pénal sur le civil. En vertu de ce principe, le juge saisi d'une action civile ultérieure ne peut remettre en cause ce qui a été jugé définitivement, certainement et nécessairement par le juge pénal sur l'existence d'un fait qui forme la base commune de l'action civile et publique¹⁹⁷. L'octroi d'une indemnisation au civil est, dès lors, dépendant de la reconnaissance d'une faute pénale.

Afin d'éviter qu'un acquittement au pénal fondé sur l'absence de faute (appréciée selon des critères concrets) prive la victime d'une réparation de son dommage au civil, le juge pénal admet que la faute puisse trouver son origine dans une atteinte, aussi légère soit-elle et quelle qu'en soit la forme, au devoir général de prudence ou de précaution, dont la loi ne définit pas le contenu¹⁹⁸. Il n'est donc pas exigé, par le juge, qu'une négligence puisse lui être reprochée au vu de ses qualités personnelles¹⁹⁹.

Le juge pénal fait ainsi preuve d'une plus grande sévérité dans l'appréciation de la faute pénale en ne prenant pas en compte les critères personnels qui auraient conduit à un acquittement²⁰⁰. Une conduite objectivement fautive est alors constitutive d'imprudence au sens des articles 418 et 420 du Code pénal, même s'il était impossible pour l'auteur d'agir autrement en raison de ses facultés personnelles²⁰¹.

Comme le relève G. Schamps : « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil peut parfois inciter le juge répressif à reconnaître plus facilement la responsabilité pénale du prévenu, poursuivi pour le délit d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique, afin de préserver les intérêts de la victime. En effet, en vertu de ce principe, l'acquittement implique l'impossibilité de condamner l'agent à indemniser le dommage sur la base de la responsabilité

responsabilités pénale et civile. La mise en danger, distincte du principe de précaution », in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurme, 2001, p. 416.

¹⁹⁷ L'autorité de la chose jugée porte sur le dispositif de la décision pénale, mais aussi sur les motifs qui en sont le soutien nécessaire (Cass., 17 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 481; Cass., 18 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 75 et Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 344).

¹⁹⁸ Cass. (2^e ch.), 14 novembre 2012, R.G. n° P.11.1611.F, www.cass.be; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 278.

¹⁹⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », op. cit., p. 73; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 344; G. SCHAMPS, « Le relâchement des liens entre les responsabilités pénale et civile. La mise en danger, distincte du principe de précaution », op. cit., p. 417; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOCHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit., p. 126; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, op. cit., pp. 989 et 990; Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », op. cit., pp. 135 et 136; Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1987, n° 741; A. KOHL, « L'action civile en dommages-intérêts résultant d'une infraction. Charge de la preuve de la cause de justification et autorité de chose jugée de la décision répressive antérieure », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1972, R.C.J.B., 1975, p. 381.

²⁰⁰ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », op. cit., p. 73.

²⁰¹ G. SCHAMPS, « Le relâchement des liens entre les responsabilités pénale et civile. La mise en danger, distincte du principe de précaution », op. cit., p. 417.

civile pour faute »²⁰². La Commission de révision pour le Code pénal faisait aussi remarquer : « Cette influence réciproque des deux responsabilités est malsaine dans la mesure où le juge hésite à prononcer l'acquittement dans le souci de ne pas empêcher l'indemnisation de la victime »²⁰³.

La solution serait, à l'instar de ce qui a été réalisé en droit français²⁰⁴, d'abandonner la théorie de l'unité des fautes pénale et civile et, revenant à la volonté initiale des auteurs du Code pénal, de distinguer les deux fautes afin de permettre qu'un acquittement au pénal n'empêche pas une responsabilité civile pour le dommage causé²⁰⁵. C'est la solution prônée par de nombreux auteurs²⁰⁶. Ainsi, « une décision d'acquittement prononcée pour absence de faute ou sur la base du doute, ne l'empêcherait nullement de condamner à des dommages et intérêts, si l'attitude lésionnelle est constitutive d'une faute civile qui ne s'identifierait pas nécessairement au délit d'imprudence ayant fondé les poursuites [...] »²⁰⁷. Plusieurs propositions de loi ont déjà été déposées en ce sens²⁰⁸. Elles n'ont

²⁰² G. SCHAMPS, « L'autonomie croissante de l'action civile par rapport à l'action publique », op. cit., p. 115. Voy., également, H.-D. BOSLY et Ch. DE VALKENEEER, « Les homicides et lésions corporelles non intentionnels », op. cit., p. 491; N. COLETTE-BASECQZ, « Avis sur la proposition de loi du 15 mai 2008 instaurant la dualité de la faute pénale et civile dans le cadre des coups et blessures involontaires ou homicide involontaire », *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 1170/001, p. 39; J. VERHAEGEN, « Le défaut de prévoyance – Synthèse d'un séminaire », *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 551; G. SCHAMPS, « Unité des fautes civile et pénale : une brèche », note sous Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1991, J.L.M.B., 1991, pp. 1165 et 1166.

²⁰³ COMMISSION POUR LA RÉVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, M.B., 1979, p. 71.

²⁰⁴ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., pp. 438 et 439.

²⁰⁵ O. MICHELIS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », op. cit., p. 565.

²⁰⁶ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », op. cit., pp. 74 à 77; R.O. DALCQ, « Faute civile et faute pénale », *Ann. Dr.*, 1983, p. 73; P.-H. DELVAUX et G. SCHAMPS, « Unité ou dualité des fautes pénale et civile : les enjeux d'une controverse », R.G.A.R., 1991, n° 11795; J.-L. FAGNART, « L'incidence sur la théorie de l'unité des fautes civile et pénale », in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité des personnes morales en Belgique*, op. cit., p. 219; Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », op. cit., p. 302; Ch. HENNAU-HUBLET, « L'action civile fondée sur le délit de coups et blessures par imprudence », R.G.A.R., 1992, n° 11938; Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », op. cit., pp. 113 à 200; F. LAGASSE et M. PALUMBO, « Chislenghien : catastrophe technologique au carrefour du droit pénal et du droit civil », op. cit., pp. 69 à 71; A. MEUS, « Faute pénale et faute civile », R.G.A.R., 1992, n° 11900; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, op. cit., p. 994; G. SCHAMPS, « Le relâchement des liens entre les responsabilités pénale et civile. La mise en danger, distincte du principe de précaution », op. cit., p. 415; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, op. cit., p. 303; J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », J.T., 1979, p. 350; J. VERHAEGEN, « Faute civile et faute pénale », *Arch. phil. dr.*, Paris, Sirey, 1983, p. 17; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 354 à 356. Voy. aussi MINISTÈRE DE LA JUSTICE, COMMISSION POUR LA RÉVISION DU CODE PÉNAL, « Observations de la Commission sur l'avant-projet de Code pénal de M. Robert Legros, Commissaire Royal à la réforme du Code pénal », M.B., 1986, pp. 37 et s. et pp. 59 et s.

²⁰⁷ Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », op. cit., p. 136.

²⁰⁸ Voy., notamment, propositions de loi des députés Clerfayt, Spaak, Maingain du 11 février 1992. *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1991-1992, n° 127, reprenant la proposition de loi n° 1607 déposée à la Chambre des

malheureusement pas encore abouti à ce jour. De même, au niveau européen, la nécessité de scinder les fautes pénale et civile est également apparue nécessaire afin de prévenir des solutions inéquitables en matière de circulation routière. C'est ainsi que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une Recommandation n° 1975/24²⁰⁹, qui invite les gouvernements à dissocier les responsabilités pénale et civile : « des poursuites pénales ne devraient pas être entamées et, le cas échéant, des peines ne devraient pas être prononcées du chef d'homicide ou de lésions involontaires à raison d'une faute légère de circulation, c'est-à-dire une faute de conduite n'impliquant pas chez son auteur la conscience du danger auquel il est exposé ou a exposé autrui ».

Sous-section 2

L'emprunt matériel de criminalité

L'emprunt matériel de criminalité se rattache à la participation punissable²¹⁰, laquelle peut se définir comme l'aide consciente et volontaire apportée à la réalisation d'un crime ou d'un délit (ou de sa tentative)²¹¹. Les deux modes légaux de la participation, décrits sous le chapitre VII du Code pénal, sont la corréité et la complicité (le caractère principal ou accessoire de l'aide permettant de les distinguer). Rappelons que le participant, à la différence de l'auteur, n'a pas accompli lui-même tous les éléments constitutifs de l'infraction.

Une distinction doit être opérée entre l'élément moral requis pour fonder la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction et l'élément moral nécessaire pour reconnaître la culpabilité des coauteurs et des complices. Dans le chef des participants, il est suffisant d'établir la preuve d'un dol général, c'est-à-dire la connaissance et l'intention (ou l'acceptation) d'avoir facilité, par leur aide, la réalisation de l'infraction²¹². Nous remarquons que cet élément moral de la participation punissable ne s'identifie donc pas à celui des infractions aux-

représentants par A. Lagasse, le 3 mai 1991 : proposition de loi modifiant le Code civil et le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les responsabilités civile et pénale. *Doc. parl., Sénat*, 1999-2000, n° 2-298/1 ; proposition de loi instaurant la dualité de la faute pénale et civile dans le cadre des coups et blessures involontaires ou homicide involontaire des députés Bellot, Bacquelaine et Brocorno, du 15 mai 2008, *Doc. parl., Chambre*, 2007-2008, n° 1170/001. Voy. aussi J. VERHAEGEN, « Vers l'abandon d'une jurisprudence séculaire – À propos de la proposition de loi n° 298/2000 abolissant la théorie de l'unité des fautes pénale et civile », *J.T.*, 2001, pp. 516 et 517 ; N. COLETTE-BASECOZ, « Avis sur la proposition de loi du 15 mai 2008 instaurant la dualité de la faute pénale et civile dans le cadre des coups et blessures involontaires ou homicide involontaire », *op. cit.*

²⁰⁹ Résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, n° 1975/24, sur la répression de l'homicide et des lésions par imprudence commis en matière de circulation routière, adoptée le 18 septembre 1975, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 581.

²¹⁰ Les conditions de la participation punissable sont les suivantes : une infraction autorisant l'incrimination de la participation ; la réalisation matérielle d'une infraction principale (crime ou délit) ou de sa tentative ; un mode légal de participation : corréité ou complicité ; un dol général dans le chef du participant (N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 324).

²¹¹ A. MARCHAL et J.P. JASPARD, *Droit criminel. Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1965, p. 120.

²¹² N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 348.

quelles le participant a prêté son aide. À titre d'exemple, le complice d'un faux en écritures ne doit pas nécessairement avoir agi avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire (le dol spécial requis pour cette infraction ne doit être établi que dans le chef de l'auteur). Il est suffisant qu'il ait sciemment et volontairement prêté son aide à la réalisation de l'infraction²¹³.

Notons qu'une participation punissable à une infraction non intentionnelle ne se conçoit dès lors pas²¹⁴. Nous rejoignons D. Vandermeersch, considérant que, dans ce cas, c'est en tant qu'auteurs de l'infraction commise par imprudence que les personnes pourraient voir leur responsabilité pénale mise en cause²¹⁵. Ce serait le cas, par exemple, du délit de coups et blessures involontaires reproché aux différents intervenants de l'équipe médicale en raison de la faute personnelle qu'ils auraient commise en lien causal avec le dommage causé au patient. Cependant, d'aucuns estiment qu'une participation punissable pourrait tout de même être envisagée, notamment en droit pénal social, lorsque le délit d'imprudence est commis par différentes personnes agissant de concert, volontairement et sciemment²¹⁶.

L'élément moral de la participation punissable est donc le dol général (qu'il soit direct, indirect ou éventuel²¹⁷). Il consiste en la connaissance et la volonté ou l'acceptation de s'associer à une infraction déterminée²¹⁸. En revanche, il n'est pas exigé que le participant ait eu connaissance de toutes les modalités d'exécution du crime ou du délit, telles que le lieu ou le moment de sa réalisation, l'identité de la victime, le mobile de l'auteur ou encore le montant du préjudice²¹⁹. Comme l'a rappelé la Cour de cassation, il faut et il suffit que le participant ait connaissance de toutes les circonstances nécessaires pour faire d'un acte de l'auteur principal un crime ou un délit²²⁰. Lorsque la qualification pénale retenue englobe des circonstances aggravantes objectives, visant, par exemple, un vol qualifié avec violences ou menaces, il est, dès lors, requis

²¹³ D. VANDERMEERSCH, « La participation criminelle : questions d'actualité », in *Droit pénal en questions*, Limal, Anthémis, 2013, p. 14.

²¹⁴ Voy. Cass., 25 novembre 2008, R.G. n° P.08.881.N, Pas., 2008, I, n° 661. « Puisque la participation à un crime ou à un délit n'est punissable que lorsque chacun des agents a eu l'intention de contribuer à l'existence de ce crime ou de ce délit, il est évident que les infractions non intentionnelles n'admettent point de complicité » (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 496). Voy. également Cass. (2^e ch.), 25 novembre 2008, N.C., 2009, p. 326. Notons cependant qu'il peut y avoir plusieurs auteurs de l'infraction en raison d'une faute imputable à chacun d'entre eux (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. II, *op. cit.*, n° 246 et 247). Contra : voy. J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, *op. cit.*, p. 257.

²¹⁵ D. VANDERMEERSCH, « La participation criminelle : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 16.

²¹⁶ W. RAUWS, « Strafbare deelneming in het sociaal strafrecht », in *Liber amicorum A. De Nauw*, Bruges, la Chartre, 2011, pp. 704 à 707.

²¹⁷ J. VANHEULE, « Erkennung van het eventueel deelnemingsopzet in het Belgisch strafrecht? », in *Liber amicorum A. De Nauw, Het strafrecht bedreven*, Bruges, la Chartre, 2011, p. 889. Sur ces notions, voy. *supra*.

²¹⁸ D. VANDERMEERSCH, « La participation criminelle : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 15.

²¹⁹ Cass., 7 septembre 2005, R.G. n° P.05.0348.F, Pas., 2005, I, n° 414.

²²⁰ *Ibid.*

d'établir que c'est en connaissance de cause que le participant a pris part à celles-ci. À défaut de prouver que le coauteur ou le complice du vol s'est sciemment associé à l'utilisation de violences ou de menaces, il ne peut être reconnu coupable que d'un vol simple. En revanche, selon A. Delannay, « dès l'instant où le participant savait qu'il prenait part à une entreprise collective d'agression physique à l'égard de personnes, il semble logique qu'il doive alors répondre de toutes les circonstances aggravantes de résultat subies par la victime, même non voulues ou non prévues par lui, auxquelles ses agissements ont indubitablement contribué, ne fût-ce que par l'effet d'entraînement qu'ils ont généré parmi les autres membres du groupe »²²¹.

Jusqu'à l'arrêt *Göktepe c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme²²², la théorie de l'emprunt matériel de criminalité était appliquée par une jurisprudence majoritaire²²³.

Selon cette théorie, les circonstances aggravantes réelles ou objectives d'une infraction étaient automatiquement imputées à tous les participants. Non seulement cette théorie dispensait de vérifier si les participants avaient la connaissance et la volonté ou l'acceptation de s'associer aux circonstances aggravantes de l'infraction, mais, plus encore, elle ne tenait nullement compte de ce que certains d'entre eux n'auraient pas participé à ces circonstances aggravantes, les auraient ignorées ou ne pouvaient les prévoir, ou, encore, s'y seraient personnellement opposés. Par exemple, dans le cas d'un vol avec meurtre, le complice du vol (qui avait prêté la voiture) était condamné du chef de cette qualification pénale aggravée, même si son intention n'était que de favoriser la commission matérielle du vol alors qu'il ignorait le risque de la perpétration d'un meurtre. À l'inverse des circonstances aggravantes subjectives ou personnelles²²⁴, les circonstances aggravantes objectives sont celles inhérentes à l'infraction. Elles peuvent porter sur le procédé de l'infraction (p. ex., vol avec effraction), les conséquences de l'infraction (p. ex., coups et blessures volontaires ayant entraîné une incapacité de travail), la qualité de la victime (p. ex., viol d'un mineur), etc.²²⁵.

De façon à comprendre l'apparition de cette théorie de l'emprunt matériel de criminalité, il convient de rappeler qu'à l'origine, il ressortait des travaux

préparatoires du Code pénal²²⁶ que toutes les circonstances de l'infraction devaient faire l'objet d'un concert préalable entre les participants, de telle sorte qu'il n'a pas été jugé utile d'inscrire dans le Code la condition de la connaissance et de l'acceptation des circonstances aggravantes par le participant. De l'existence de ce « pacte » découlait, en effet, une présomption irréfragable de connaissance des circonstances aggravantes objectives²²⁷. Alors que cette condition du concert préalable fut abandonnée par la jurisprudence²²⁸, celle-ci a, par contre, maintenu la présomption irréfragable des circonstances aggravantes objectives, permettant à la théorie de l'emprunt matériel de se développer²²⁹.

Cette théorie, qui s'inscrivait dans la droite ligne du vieux adage médiéval *versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto*²³⁰, a été fermement critiquée par la doctrine²³¹, qui a mis en avant que la culpabilité devait s'apprécier distinctement dans le chef de chaque accusé, sans prendre en considération la culpabilité de l'autre.

Comme le soulignait, en 1957, à Athènes, le VII^e Congrès international de droit pénal, « les participants ne peuvent être tenus pour responsables et ne peuvent faire l'objet d'une sanction qu'autant qu'ils ont connaissance que les éléments et les conséquences constituant ou aggravant l'infraction seraient réalisés par un des participants ou par la coopération des différents participants »²³².

²²⁶ J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, op. cit., p. 133.

²²⁷ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 338.

²²⁸ Cass. (2^e ch.), 5 octobre 2005, R.G. n° P.05.0444.F, www.cass.be.

²²⁹ Cass. (2^e ch.), 4 mars 1998, R.G. n° P98.0131.F, www.cass.be ; Cass. (2^e ch.), 11 mai 1994, R.G. n° P94.0460.F, www.cass.be ; Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1993, Pas., 1993, I, p. 15 ; Bruxelles, 26 juin 1990, J.L.M.B. 1990, p. 1135 et J.T., 1991, p. 106 (drame du Heysel) ; Cass., 19 octobre 1988, Pas., 1989, I, p. 185 (art. 400 C. pén.).

²³⁰ Cet adage peut être traduit comme suit : « À celui qui se rend coupable d'un délit seront imputées toutes les conséquences du délit. »

²³¹ M. FRANCHIMONT et G. DELEIXHE, « Aspects de la participation criminelle en Belgique », *Rev. dr. pén. crim.*, 1955-1956, pp. 905 et 907 ; M. FRANCHIMONT, « L'emprunt matériel de criminalité entre participants » (synthèse d'un séminaire), *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 1064 ; Ch. HENNAU-HUBLET, « La participation punissable : vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 591 ; Ch. HENNAU-HUBLET, « L'emprunt matériel de criminalité entre participants ? » (synthèse d'un séminaire), *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 1057 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 294 ; D. SHELIMANN, obs. sous Cass. Lux., 14 juillet 1994, op. cit., p. 632 ; I. RORIVE et D. BOSQUET, « La renonciation au meurtre : une limite essentielle au système de l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol (article 475 C. pén.) », *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, pp. 369 à 388 ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDRONNE, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, op. cit., pp. 281 et 282 ; J. VAN HEULE, *Strafbare deelname*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, p. 365 ; J. VERHAEGEN, « Le vol avec meurtre : un "concours idéal" érigé par la loi en circonstance aggravante subjective », *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 192. Voy. aussi F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 482. Ces auteurs estiment qu'une intervention législative serait nécessaire pour inscrire, dans le droit positif, le principe de la responsabilité personnelle des participants. Contra : R. LEGROS, « L'élément intentionnel de la participation criminelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 1952-1953, p. 123. Pour la doctrine internationale, voy. également, *Résolution du VII^e Congrès international de droit pénal*, R.I.D.P., 1956-1957, pp. 157 à 219 ; *Résolution du VIII^e Congrès international de droit pénal*, R.I.D.P., 1958-1959, pp. 7 à 39.

²³² R.I.D.P., 1958, p. 228, cité par J. VERHAEGEN, « Le vol avec meurtre : un "concours idéal" érigé par la loi en circonstance aggravante subjective », op. cit., p. 192.

²²¹ A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », op. cit., p. 337.

²²² Cour eur. D.H., 2 juin 2005, J.L.M.B., 2005, p. 1556, note N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense » ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1247, note M. NEVE, « Vers la fin de la théorie "de l'emprunt matériel de criminalité" ? » Sur cet arrêt, voy. infra.

²²³ Cette théorie de l'emprunt matériel de criminalité était appliquée majoritairement par la jurisprudence depuis un arrêt de 1909 de la Cour de cassation (Cass., 11 mai 1909, Pas., 1909, I, p. 232).

²²⁴ Les circonstances aggravantes personnelles ou subjectives restent propres à la personne chez qui on les rencontre (p. ex., la qualité de descendant dans l'hypothèse de l'attentat à la pudeur ou du viol).

²²⁵ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 572.

Par son arrêt *Göktepe c. Belgique* du 2 juin 2005, accueilli avec grand soulagement par la doctrine²³³, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives, résultant de l'absence d'individualisation des questions posées au jury de la Cour d'assises, violait l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. En l'espèce, telles que libellées, les questions plaçaient, en effet, le jury dans l'impossibilité de déterminer individuellement la responsabilité pénale du requérant quant aux circonstances aggravantes qui pouvaient être retenues contre lui, alors que celui-ci avait toujours nié son implication dans les coups portés.

La question de l'implication personnelle d'un participant dans les circonstances aggravantes a ainsi été reconnue déterminante pour l'exercice des droits de la défense de l'accusé et le respect de son droit à un procès équitable²³⁴.

Depuis cet arrêt, lors des procès devant les cours d'assises, les questions posées aux jurés sont formulées de façon distincte pour chacun des accusés, de manière à juger leur culpabilité personnelle non seulement pour l'infraction principale, mais aussi pour chaque circonstance aggravante objective.

La doctrine²³⁵ a très vite considéré que cet enseignement de la Cour européenne ne se limitait toutefois pas aux procès devant les cours d'assises et qu'il

²³³ N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », note sous Cour eur. D.H., 2 juin 2005, J.L.M.B., 2005, p. 1556 ; P. LAMBERT, « La fin annoncée de la théorie pénale de l'emprunt matériel de criminalité », J.T., 2005, p. 561 ; M. NEVE, « Vers la fin de la théorie de l'emprunt de criminalité ? », note sous Cour eur. D.H., *Göktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1247 ; M.-A. BEERNAERT, « L'emprunt matériel de criminalité condamné à Strasbourg », *Journ. jur.*, 21 juin 2005, p. 13 ; E. BREMS, « Rechter moet verzwarende omstandigheden individueel toepassen », *Juristenkrant*, 2005, n° 112, p. 16 ; P. HERBOTS, « Roofmoord kan chans reeds worden gesplitst in zware diefstal en doodslag », *T. Straffr.*, 2006, liv. 2, pp. 79 à 83 ; F. KUTY, « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », R.C.J.B., 2009, pp. 214 et s. ; F. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles », *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 31 à 88 ; M. MARESCHAL, « Circonstances aggravantes objectives : Strasbourg met de l'ordre », *Journ. proc.*, 1^{er} juillet 2005, p. 19 ; P.-P. RENSON, « L'emprunt matériel de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », J.T., 2005, pp. 715 à 717 ; J. ROZIE, « Actualia oment de bepaling en de motivering van de straf », N.C., 2007, pp. 177 à 188, spéc. pp. 184 et 185 ; J. ROZIE, « Het lot van de objectieve verzwarende omstandigheden: liever een latrelatie dan een gedwongen huwelijk... », N.C., 2008, pp. 264 à 271 ; D. VAN DER KELEN et L. GYSELAERS, « De objectieve verzwarende omstandigheden door Straatsburg geïndividualiseerd ? », R.A.B.G., 2005, pp. 1476 à 1484.

²³⁴ N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », *op. cit.*, p. 1564.

²³⁵ E. BREMS, « Rechter moet verzwarende omstandigheden individueel toepassen », *op. cit.*, p. 16 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », *op. cit.*, p. 429 ; A. DELANNAY, « Destructions, dégradations, dommages », in *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 730 ; C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », note sous Liège (8^e ch.), 10 avril 2008, J.L.M.B., 2009, pp. 28 et 29 ; F. KUTY, « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 228 ; F. LUGENTZ, « Les vols et extorsions », in *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 149 ; F. LUGENTZ, « Une première analyse de la portée de l'arrêt *Göktepe* : pour une interprétation stricte ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, pp. 212 à 226 ; P.-P. RENSON, *op. cit.*, p. 716 ; F. TUKKENS, M. VAN DE

pouvait aussi être transposé aux procédures devant les autres juridictions répressives (amenées à juger des infractions avec des circonstances aggravantes objectives, notamment des crimes correctionnalisés). Cet avis a aussi été partagé par la Cour de cassation²³⁶ au regard de la généralité des principes développés par la Cour européenne²³⁷. En effet, selon cette dernière, ce qui est jugé incompatible avec le respect du contradictoire, qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention, c'est « le fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point aussi essentiel et entraînant des conséquences aussi sévères » (nous soulignons)²³⁸. La généralité de l'enseignement de l'arrêt *Göktepe* résulte également de la considération de la Cour selon laquelle « pareille conclusion s'impose particulièrement en l'espèce »^{239 240}.

Dans un arrêt subséquent du 27 mars 2008²⁴¹, rendu en l'affaire *Delespesse c. Belgique*, la Cour européenne n'a plus fait expressément allusion aux particularités de la procédure devant la Cour d'assises, ce qui permet de confirmer la portée générale de sa jurisprudence *Göktepe*²⁴².

Nous pouvons regretter que, dans ces deux arrêts (*Göktepe* et *Delespesse*), la Cour européenne n'ait pas estimé utile de se prononcer sur la violation de la présomption d'innocence, consacrée à l'article 6, § 2, de la Convention, indiquant qu'il n'y avait pas lieu d'examiner ce deuxième grief invoqué, jugeant suffisant le constat de violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. L'occasion nous paraissait, en effet, opportune de souligner que l'emprunt matériel de criminalité portait atteinte non seulement au droit à un procès équitable, mais aussi à la présomption d'innocence²⁴³.

Enfin, les arrêts *Taxquet c. Belgique* du 13 janvier 2009²⁴⁴ (chambre) et du 16 novembre 2010²⁴⁵ (Grande Chambre) confirment la jurisprudence *Göktepe*

KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et CH. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.*, p. 484 ; D. VAN DER KELEN et L. GYSELAERS, « *Göktepe* bis met een vleugje *Taxquet* », *op. cit.*, pp. 452 et 453. *Contra* : Liège, 10 avril 2008, J.L.M.B., 2009, p. 17.

²³⁶ Cass., 17 juin 2008, N.C., 2008, p. 284.

²³⁷ F. KUTY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 240 et N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », *op. cit.*, pp. 429 et s.

²³⁸ Cour eur. D.H., *Göktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, § 29.

²³⁹ Cour eur. D.H., *Göktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, § 29.

²⁴⁰ F. LUGENTZ, « Les vols et extorsions », *op. cit.*, pp. 149 et 150.

²⁴¹ Cour eur. D.H., *Delespesse c. Belgique*, 27 mars 2008, N.C., 2008, p. 260, note J. ROZIE, « Het lot van de objectieve verzwarende omstandigheden: liever een latrelatie dan een gedwongen huwelijk ».

²⁴² N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 345. *Contra* : Liège (8^e ch.), 10 avril 2008, J.L.M.B., 2009, p. 17, note C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles » et *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 206, note F. LUGENTZ, « Une première analyse de la portée de l'arrêt *Göktepe* pour une interprétation stricte ? ».

²⁴³ N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », *op. cit.*, p. 1556.

²⁴⁴ Cour eur. D. H., *Taxquet c. Belgique*, 13 janvier 2009, § 47.

²⁴⁵ Cour eur. D. H., *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010, §§ 96 et 97.

et la nécessité d'une appréciation individualisée de la responsabilité pénale quant aux circonstances aggravantes.

D'autres arrêts subséquents de la Cour européenne ont aussi rappelé que devaient être posées des questions à la fois précises et individualisées, et cela afin de pouvoir, notamment, différencier les coaccusés entre eux, comprendre le choix d'une qualification plutôt qu'une autre, connaître les motifs pour lesquels des coaccusés sont moins responsables aux yeux du jury et, donc, moins sévèrement punis, justifier le recours aux circonstances aggravantes²⁴⁶.

Notons qu'à la suite de l'arrêt *Taxquet*, la Belgique a adapté sa législation en adoptant la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises²⁴⁷. Les nouveaux articles 329 et 329^{quater} du Code d'instruction criminelle sont conformes à l'enseignement *Göktepe*. La première disposition prévoit que les jurés délibèrent pour chaque accusé sur le fait principal et, ensuite, sur chacune des circonstances. La seconde précise que les jurés doivent répondre séparément et l'un après l'autre, d'abord sur le fait principal et, ensuite, sur chacune des circonstances aggravantes.

En date du 20 janvier 2011, la Cour européenne a rendu un arrêt, *Haxhishabani c. Luxembourg*²⁴⁸, qui a jeté un trouble en laissant penser à d'aucuns que la théorie de l'emprunt matériel de criminalité n'était peut-être pas définitivement abandonnée. Cette fois, la Cour européenne a d'abord examiné l'affaire sous l'angle de l'article 6, § 2, de la Convention, et a constaté ensuite que le grief tiré de l'article 6, § 1^{er}, recoupe celui tiré du paragraphe 2 de cette disposition, n'apercevant dès lors aucun motif de s'écarter, au nom du principe général du procès équitable, de la conclusion à laquelle elle arrivait en se plaçant sur le terrain spécifique de la présomption d'innocence²⁴⁹. La Cour précisait que, « [p]our le surplus, l'examen du dossier ne [révéla]it à ses yeux nul manquement aux diverses exigences de l'article 6, § 1 (*mutatis mutandis*, *Salabiaku c. France*, précité, § 31 ; *a contrario*, *Göktepe c. Belgique*, précité, § 31) ».

Pour conclure, en cette cause, à un constat de non-violation de l'article 6, § 2, de la Convention, la Cour européenne a pris en compte la motivation des juges luxembourgeois en ce qui concerne l'appréciation de la culpabilité du requérant au niveau de la circonstance aggravante du meurtre. Selon la Cour,

²⁴⁶ Cour eur. D.H., *Agnelet c. France*, 10 janvier 2013, § 62 ; Cour eur. D.H., *Legillon c. France*, 10 janvier 2013, § 58 ; Cour eur. D.H., *Oulahcene c. France*, 10 janvier 2013, § 46 ; Cour eur. D.H., *Fraumens c. France*, 10 janvier 2013, § 40 ; Cour eur. D.H., *Voica c. France*, 10 janvier 2013, § 46, cités par F. KUTY, « Chronique de jurisprudence. Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2013 (première partie) », *J.L.M.B.*, 2014, p. 379.

²⁴⁷ Loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises, M.B., 11 janvier 2010.

²⁴⁸ Cour eur. D.H., *Haxhishabani c. Luxembourg*, 20 janvier 2011, J.T., 2011, p. 358, note F. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle : la jurisprudence *Haxhishabani* ».

²⁴⁹ Cour eur. D.H., 20 janvier 2011, *Haxhishabani c. Luxembourg*, op. cit., § 49.

il n'y aurait pas eu d'imputation automatique de cette circonstance aggravante, mais plutôt une « déduction assimilable à une présomption en matière pénale ». En l'espèce, le dol éventuel du participant (l'acceptation tacite de l'éventualité des violences exercées pour faciliter le vol) a été déduit des circonstances²⁵⁰. Nous constatons, à la lumière de cette motivation faisant référence à un contexte factuel particulier, que cet arrêt ne semble pas constituer une « marche arrière » par rapport à la jurisprudence *Göktepe*.

Nous pouvons, s'agissant de l'élément moral dans le chef des participants à une infraction accompagnée de circonstances aggravantes, nous réjouir de l'orientation nouvelle de la jurisprudence, depuis cet arrêt salvateur *Göktepe*. En effet, les participants ne peuvent être tenus personnellement responsables des circonstances aggravantes objectives que si la preuve positive de leur implication personnelle est rapportée. Afin de tendre vers une plus grande sécurité juridique, une intervention législative sur cette question serait sans doute la bienvenue²⁵¹.

Conclusion

Le principe de culpabilité personnelle occupe une place déterminante en droit pénal.

Nous pouvons observer que la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir influencé favorablement la jurisprudence belge, notamment en jugeant la théorie de l'emprunt matériel de criminalité contraire au droit à un procès équitable.

Si l'exigence d'un élément moral pour toute infraction est aujourd'hui consacrée en tant que principe général de droit, il reste néanmoins un bon nombre de questions en suspens, tant les avis divergent, dans la doctrine et la jurisprudence, en l'absence, au sein du Code pénal, d'une théorie de l'élément moral de l'infraction²⁵².

Afin de clarifier ces questions, il nous semblerait souhaitable d'insérer dans le Livre I^{er} du Code pénal, contenant les principes généraux, une théorie claire de l'élément moral des infractions, susceptible de s'appliquer non seulement aux infractions incriminées par le Livre II, mais aussi aux infractions prévues dans les lois et règlements particuliers. Une telle initiative serait sans doute accueillie avec soulagement par les cours et tribunaux, qui ont la tâche délicate d'apprécier la responsabilité pénale d'un prévenu sans disposer actuellement de

²⁵⁰ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAIS, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 347.

²⁵¹ F. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle : la jurisprudence *Haxhishabani* », note sous Cour eur. D.H., 20 janvier 2011, *Haxhishabani c. Luxembourg*, J.T., 2011, p. 364.

²⁵² F. KUTY, « L'élément moral de l'infraction dans le Code pénal de 1810 », J.T., 2010, p. 659.

repères clairs pour dégager l'élément moral indispensable à l'établissement de la culpabilité.

Par ailleurs, s'agissant de l'élément moral constitué par la faute, nous pouvons espérer que, conformément aux finalités propres du droit pénal, le législateur, à l'instar des solutions retenues dans plusieurs droits étrangers, définisse de façon plus affinée la faute entendue comme une « répréhensible négligence » et qu'il se départisse, enfin, de la théorie de l'unité des fautes pénale et civile.